

EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO DE LA UNIÓN EUROPEA FRENTE A LAS ACCIONES POR DAÑOS ANTICOMPETITIVOS

EUROPEAN UNION PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN FRONT OF ANTITRUST DAMAGES ACTIONS

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Universidad Carlos III de Madrid

Vocal Permanente de la Comisión General de Codificación

ORCID ID: 0000-0003-2236-4641

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Internacional Privado

Universidad de Murcia

ORCID ID: 0000-0002-0347-7985

Recibido: 02.07.2018/Aceptado: 16.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4374>

Resumen: Este trabajo muestra cómo el TJUE y los tribunales nacionales de los Estados miembros de la UE aplican los Reglamentos Bruselas I-bis y Roma II a las acciones de daños por infracción del Derecho antitrust europeo. Este trabajo subraya algunas de las dificultades que está encontrando la aplicación privada del Derecho de la competencia: la frecuente inoperancia de los foros de sumisión, la peculiar interpretación del *forum delicti commissi*, las sorpresas derivadas del *forum connexitatis* y las soluciones contrapuestas a las cuestiones de legitimación procesal activa y pasiva (como, por ejemplo, la responsabilidad de la sociedad matriz por el comportamiento de sus filiales)

Palabras clave: acciones para la indemnización de daños anticompetitivos, acciones autónomas, acciones de seguimiento, acciones declarativas negativas, acciones Torpedo, competencia judicial internacional, daños, defensa basada en la repercusión de sobrecostes, Derecho antitrust, Derecho aplicable, Derecho europeo de la competencia, efecto paraguas, *passing-on*, Unión Europea.

Abstract: This essay shows how the CJEU and the national courts of the EU Member States apply the Brussels I-bis and Rome II Regulations to actions for damages for infringement of European anti-trust law. This paper highlights some of the difficulties encountered in the private application of European competition law: the frequent inoperativeness of the submission forums, the peculiar interpretation of the *forum delicti commissi*, the surprises derived from the *forum connexitatis* and the opposing solutions to the issues of active and passive legal standing (as, for example, the responsibility of the parent company for the behavior of its subsidiaries).

Keywords: Antitrust damages actions, Stand-alone actions, Follow-on actions, negative declaratory actions, Torpedo actions, Jurisdiction, Damages (Torts), passing-on defence, Antitrust Law, Applicable Law, European Competition Law, umbrella effect, European Union.

Sumario: I. Introducción. 1. El resarcimiento del daño en el Derecho europeo de la competencia. 2. Del caso *Provimi* a la Directiva 2014/104/UE. 3. Los daños por actos anticompetitivos: sistema de sanciones privadas. 4. Restricciones de la competencia y afectación del comercio entre

Estados miembros. 5. Las dos cuestiones fundamentales de Derecho internacional privado: *forum* y *ius*. II. Competencia judicial internacional. 1. La jurisdicción y los límites territoriales/temporales del art. 101 TFUE. 2. Relación de foros de competencia judicial internacional. 3. Caracteres generales del sistema de competencia judicial internacional. 4. Sumisión de las partes. A) Sumisión expresa. a) Requisitos de validez del acuerdo de sumisión. a') Requisitos de validez procesal. b') Requisitos de validez formal. c') Requisitos de validez sustancial. b) Posibilidades de las partes. c) Efectos jurídicos de la sumisión expresa. a') Efecto de prórroga. b') Efecto de derogación. c') Efectos obligatorios. d') Efectos objetivos. e') Efectos *inter partes*. f') Efectos de la nulidad del contrato sobre el acuerdo de sumisión. g') Patologías de la cláusula de sumisión. B) Sumisión tácita. a) Concepto, existencia y requisitos. b) Régimen jurídico. 5. El foro general del domicilio del demandado. A) Determinación del Estado miembro del domicilio del demandado. a) Domicilio de las personas físicas. b) Domicilio de las personas jurídicas. B) Conflictos de domicilios. a) Conflictos positivos de domicilios de personas físicas. b) Conflictos positivos de domicilios de personas jurídicas. c) Conflictos negativos de domicilios de personas físicas. d) Conflictos negativos de domicilios de personas jurídicas. 6. Los foros especiales. A) El *forum delicti commissi*. a) Doble carácter del foro del lugar del hecho dañoso. b) Acciones cubiertas por el art. 7.2 RB I-bis. c) Factores indiferentes para el funcionamiento del foro recogido en el art. 7.2 RB I-bis. "Hecho", "daño" y "hecho dañoso" como elementos del foro de competencia. d) Demandas por responsabilidad extracontractual contra varios sujetos. e) Precisión del "lugar del hecho dañoso". a') Lugar del hecho dañoso imprevisible. b') Lugar del daño futuro. c') Precisión del lugar del hecho dañoso y daños por omisión. f) Ilícitos a distancia. a') Concepto y sectores operativos. b') Identificación doble del lugar del hecho. La tesis de la ubicuidad. c') Alcance asimétrico de la tesis de la ubicuidad. d') Elección de tribunal por el demandante. e') Verificación del nexo de causalidad. f') Distintos tipos de ilícitos a distancia. i) Daños patrimoniales directos. ii) Daños derivados de los productos importados y responsabilidad del fabricante. iii) Daños no contractuales causados por un administrador a la sociedad. iv) Difamación por prensa escrita. v) Daños a los derechos de la personalidad en Internet. vi) Infracción de los derechos de propiedad intelectual e industrial en Internet. vii) Daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. g) Daños plurilocalizados. h) Víctimas indirectas y daños indirectos. B) El *forum connexitatis*. a) Régimen general. b) Aplicación a las acciones por daños anticompetitivos. 7. Otras cuestiones procedimentales. A) Las "demandas torpedo". a) Las "torpedo actions". Regulación general. b) La reacción del legislador europeo (2012) contra las "torpedo actions" (art. 31.2-4 RB I-bis). a') La solución de la "preferencia cognitiva" del tribunal designado por un acuerdo atributivo de competencia. b') Otros datos sobre la litispendencia inter-europea. B) La legitimación procesal. a) Legitimación y titularidad del derecho subjetivo. b) Justificación de la aplicación de la *Lex Causae*. c) Excepciones puntuales en favor de la *Lex fori*. d) Legitimación de personas físicas que actúan por cuenta de personas jurídicas. e) Representación de la persona. f) Tratamiento procesal de la legitimación. g) Legitimación activa. a') Los clientes directos. b') Los proveedores de los monopolistas. c') Los competidores de los monopolistas. d') Los clientes indirectos de los monopolistas: *passing-on defense*. e') Los terceros: *the umbrella effect*. f') Algunos cartelistas individuales. h) Legitimación pasiva. El caso especial de los grupos de sociedades. 8. El Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007 y el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968. A) Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007. B) Relaciones entre el Reglamento Bruselas I-bis (2012) y el Convenio de Lugano de II de 30 octubre 2007. C) Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007 y terceros Estados. D) Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007 y la cuestión danesa. E) El Convenio de Lugano I de 16 septiembre 1988. F) Diferencias entre el Reglamento Bruselas I (2000) y el Convenio de Lugano II (2007). G) Vigencia del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 *and a little bit of Brexit*. III. Derecho aplicable. 1. Introducción. 2. Caracteres generales del Reglamento Roma II. 3. Ámbito de aplicación. A) Material. a) Supuestos internacionales. b) Supuestos relativos a obligaciones extracontractuales. B) Espacial. C) Personal. D) Temporal. 4. Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en general. 5. Ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. 6. Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de actos restrictivos de la competencia (actos contra el Derecho antitrust). A) Derecho antitrust, sanciones públicas y Reglamento Roma II. B) Ley aplicable a las consecuencias privadas derivadas de infracciones del Derecho antitrust. a) Primer supuesto: *Lex Mercatus*. b) Segundo supuesto: *Multijurisdiction violations*. c) Datos complementarios sobre el art. 6.3 RR-II. 7. Cuestiones particulares. A) Orden público del foro. a) Aspectos generales. b) Daños punitivos. a') Leyes extranjeras que admiten los daños punitivos y orden público internacional. El sistema del "triple test". b') Reconocimiento y ejecución en España de sentencias extranjeras que conceden *Punitive Damages*. B) El artículo 10.9.I del Código Civil. a) Alcance objetivo actual del art. 10.9 CC. b) Punto de conexión. IV. Consideraciones finales

I. Introducción

1. El resarcimiento del daño en el Derecho europeo de la competencia

1. Los actos y acuerdos que alteran la entrada en el mercado de los competidores y/o que persiguen la eliminación de los competidores en el mercado en régimen de libre concurrencia entre los operadores económicos se denominan *actos antitrust*. Estos actos son contrarios a la libertad de acceso al mercado. Por ello, el ordenamiento jurídico los castiga con *dos baterías diferentes de normas*: (a) *Derecho Público antitrust*. Las autoridades administrativas europeas y nacionales imponen sanciones y multas de carácter público, que los infractores deben abonar; (b) *Las normas sobre responsabilidad civil extracontractual* son aplicables, de modo que cualquier sujeto que haya experimentado un daño o perjuicio puede reclamar su reparación. El TJUE proclamó, en los casos *Courage y Manfredi*, un derecho no recogido en los Tratados fundacionales de la (actual) UE: el derecho de “cualquier persona” a obtener, conforme al Derecho nacional de un Estado miembro, una reparación efectiva de los daños que le fueran causados por la infracción del Derecho de la competencia de la UE¹. Además, el Tribunal de Justicia apuntó que ese procedimiento nacional estaría sometido a dos principios del Derecho de la UE: *el principio de equivalencia y el principio de efectividad*². Conforme al primero de ellos, el procedimiento judicial para obtener tales indemnizaciones no puede ser menos favorable para los demandantes de lo que sería un procedimiento de la misma clase en el caso de las demandas conformes al Derecho interno del Estado de que se trate. Conforme al segundo de ellos, el procedimiento nacional previsto para aquellas acciones civiles no debe hacer que los derechos de los particulares sean más difíciles de obtener o, incluso, imposibles³.

2. ➤ *Caso 1. El caso Courage (2001)*. A finales de los años 80, cabía preguntarse cuál era el régimen jurídico de las indemnizaciones de daños y perjuicios por infracción de las normas europeas de competencia. El Derecho europeo rompió su silencio en estas cuestiones con motivo del caso *Courage*.

En 1990, *Courage*, fabricante británico de cerveza, y *Grand Metropolitan*, sociedad con intereses en hostelería y restauración, acordaron fusionar sus establecimientos de bebidas (*pubs*), que ambos daban en arrendamiento. Para ello, transfirieron sus respectivos *pubs* a *Inntrepreneur Estates Ltd*, una sociedad participada a partes iguales por *Courage* y *Grand Metropolitan*. Un acuerdo celebrado entre esta *filial común* y *Courage* preveía que todos los arrendatarios de la filia debían adquirir su cerveza exclusivamente de *Courage*. Ésta estaba obligada a suministrar las cantidades de cerveza solicitadas a los precios fijados en las tarifas aplicables a los locales arrendados por *Inntrepreneur*. *Inntrepreneur* presentaba un contrato tipo de arrendamiento a sus arrendatarios. Sólo la cuantía de la renta podía ser objeto de negociación con el arrendatario potencial. La *obligación de compra exclusiva* y las restantes cláusulas del contrato no eran negociables.

En 1991, el Sr. *Crehan* concluyó con *Inntrepreneur* dos arrendamientos por veinte años con una obligación de compra a favor de *Courage*. El arrendatario del establecimiento debía comprar una determinada cantidad mínima de ciertas cervezas e *Inntrepreneur* se comprometía a conseguir que los tipos de cerveza especificados fueran suministrados por *Courage* al arrendatario a los precios indicados en la lista de precios de esta última. En 1993, *Courage* demandó al Sr. *Crehan*, reclamándole por impago de los suministros de cerveza. Por su parte, el Sr. *Crehan* afirmó que la obligación de compra con cláusula de exclusividad resultaba contraria al (actual) art. 101 TFUE y reconvino con el fin de obtener una indemnización por daños y perjuicios. El Sr. *Crehan* sostuvo que *Courage* vendía su cerveza a los arrendatarios independientes de *pubs* a unos precios sustancialmente más bajos que los que figuraban en

¹ *Vid., ad ex.*, C. FRATEA, “Los primeros pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia y sus reflejos sobre la competencia judicial en las acciones indemnizatorias en Europa”, *AEDIP*, XVI, 2016, pp. 643-669.

² *Vid.* STJCE 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, § 29; STJCE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, § 62.

³ *Vid., ad ex.*, K.M. MEESSEN, “Überdehnung des europarechtlichen Effektivitätsgrundsatzes in *Courage* und *Manfredi*”, en *Schutz von Kreativität und Wettbewerb: Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag*, München, Beck, 2009, pp. 505-511.

la lista de precios aplicados a los arrendatarios de los locales de *Inntrepreneur*. Como consecuencia de la diferencia de precios, se reducía la rentabilidad de la actividad de los arrendatarios de establecimientos de bebidas sujetos a una cláusula de esta índole y obligados a poner fin a su actividad

Según el Derecho inglés, la parte en un acuerdo ilícito no podía reclamar una indemnización por daños y perjuicios a la otra parte. La *Court of Appeal (England & Wales)* planteó varias cuestiones prejudiciales: en esencia, si una parte de un contrato colusorio puede invocar la infracción del art. 101 TFUE ante un tribunal nacional para que éste le proteja contra la otra parte contratante y si el Derecho de la (actual) UE se opone a una norma de Derecho nacional que niega a una persona el derecho a basarse en sus propios actos ilícitos para obtener una indemnización por daños y perjuicios. Solución → La respuesta del Tribunal de Justicia fue muy matizada: a) *Con carácter general*, cualquier particular puede invocar ante los tribunales la infracción del art. 101 TFUE, incluso cuando sea parte de este contrato. El *efecto útil* de la prohibición se vería en entredicho, si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio causado. b) *Con carácter especial*, Un justiciable no puede beneficiarse de su propio comportamiento ilícito, cuando tenga una *responsabilidad significativa* en la distorsión de la competencia. Para determinar si concurre esa responsabilidad significativa, el órgano jurisdiccional nacional competente deberá considerar los siguientes elementos: a') El *contexto económico y jurídico* en el que se hallan las partes, así como el poder de negociación y el respectivo comportamiento de ambas partes en el contrato. b') Si la parte que alega haber sufrido un perjuicio se hallaba en *posición de inferioridad notoria* con relación a la otra parte, de forma que se habrían visto seriamente restringidas, o incluso anuladas, tanto su libertad para negociar las cláusulas del referido contrato como su capacidad para evitar el perjuicio o limitar su cuantía, utilizando todos los cauces jurídicos que estaban a su disposición. c') En el supuesto de que el contrato forme parte de un conjunto de contratos similares que producen un *efecto acumulativo* sobre el juego de la competencia, quien contrata con el titular de dicho conjunto de contratos similares puede no tener una responsabilidad significativa en la infracción del art. 101 TFUE, en particular cuando, de hecho, los términos del contrato le han sido impuestos por el titular del conjunto (STJCE 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, §§ 3 a 7, 11, 13, , 17, 24, 26, 29, 31 a 34 y 36). c) Se reconoció que la infracción del Derecho antitrust europeo puede causar *daños y perjuicios* y, por consiguiente, originar el *deber de indemnizarlos* (STJCE 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, § 27). d) El Derecho de la UE, sin embargo, no regula los requisitos para la indemnización de tales daños. Por consiguiente, la fijación del *Derecho aplicable* a estos supuestos corresponde a los respectivos sistemas de DIPr. de los Estados miembros. e) Corresponde al Derecho de cada Estado miembro designar los *tribunales competentes* y regular el *procedimiento* para proteger el derecho a la indemnización por tales daños (STJCE 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, § 29), siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la de recursos semejantes de naturaleza interna (*principio de equivalencia*) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (*principio de efectividad*)⁴.

⁴ Vid. STJCE 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465, §§ 24-29, comentada, *ad ex.*, por A. ALBORS-LLORENS, *The Cambridge Law Journal*, 2002, pp. 38-41; E. BALLON, *CJEL*, 2002, pp. 499-507; I. BRINKER/J.C. BALSSEN, "Von Crehan zu Manfredi: Grundlage eines kartellrechtlichen Schadenersatzanspruch für 'jedermann'?", en I. BRINKER/D.H. SCHEUING/K. STOCKMANN (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 2006, pp. 69-80; G.A. CUMMING, "Courage Ltd v. Crehan", *Eur.Compet.L.Rev.*, 2002, pp. 199-204; T. EILMANSBERGER, "Schadenersatz wegen Kartellverstoßes: Zum EuGH-Urteil Courage/Crehan", *Ecolex*, 2002, pp. 28-31; W. VAN GERVEN, "Crehan and the Way Ahead", *Eur.Bus.L.Rev.*, 2006, pp. 269-274; M.M. HINTERSTEINER, "Gemeinschaftsrechtliche Schadenersatzpflicht bei Verstoß gegen Art. 81 EG", *wbl*, 2001, pp. 554-561; A. JONES/D. BEARD, "Co-contractors, Damages and Article 81: The ECJ finally speaks", *Eur.Compet.L.Rev.*, 2002, pp. 246-256; R. KLAGES, "La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt 'Courage Ltd contre Crehan'", *Revue du droit de l'Union européenne*, n° 4, 2001, pp.1003-1005; G. MÄSCH, "Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot – 'Courage' und die Folgen", *EurR*, 2003, pp. 825-846; ID., "Vitamine für Kartellopfer - Forum shopping im europäischen Kartelldeliktsrecht", *IPRax*, 2005, pp. 509-516; G. MONTI, "Anticompetitive agreements: the innocent party's right to damages", *Eur.L.Rev.*, 2002, pp. 282-302; M. NOVAK, "Schadenersatz im Kartell", *ELR*, 2001, pp. 306-307; O. ODUDU/J. EDELMAN, "Compensatory damages for breach of Article 81", *Eur.L.Rev.*, 2002, pp. 327-339; A. PALMIERI/R. PARDOLESI, "Intesa illecita e risarcimento a favore di una parte: 'chi è causa del suo mal ... si lagni e chieda i danni'", *Foro it.*, 2002, IV, col. 76-84; S. RAMET, "CJCE, 20 septembre 2001, Courage, aff. C-453/99", *La Semaine juridique - entreprise et affaires*, 2002, pp. 1-6; G. ROSSI, "'Take Courage'! La Corte di giustizia apre nuove frontiere per la risarcibilità del danno da illeciti antitrust", *Foro it.*, 2002, IV, col. 90-100; E. SCODITTI, "Danni da

3. ➤ *Caso 2. El caso Manfredi (2006)*. Se interpusieron acciones contra varias compañías aseguradoras para obtener la devolución de las *primas excesivas* que se les habían pagado. Previamente la autoridad italiana de defensa de la competencia había verificado la existencia de un acuerdo ilícito entre las aseguradoras, que tenía por objeto el *intercambio de informaciones* relativas al sector asegurador. Gracias a este acuerdo, las aseguradoras pudieron coordinar y fijar las primas de los seguros e imponer a los usuarios aumentos de las primas carentes de justificación conforme a las condiciones de los mercados, aumentos a los que era imposible sustraerse.

El tribunal que interpuso la cuestión prejudicial quiso que se le respondiera a las siguientes *cuestiones*: a) Si el acuerdo infringía tanto la ley italiana de defensa de la competencia como el Tratado de Roma, dado que también habían participado en el acuerdo sancionado aseguradoras pertenecientes a otros Estados miembros que también ejercían sus actividades en Italia (= problema de las *relaciones entre el Derecho comunitario de la competencia y los ordenamientos de los Estados miembros*). b) Si los terceros pueden solicitar una indemnización del perjuicio causado por la entente prohibida (= problema de la *acción de indemnización*). c) Si las reglas nacionales, como las del litigio principal, relativas a la designación de los tribunales competentes, los plazos de prescripción de las acciones de indemnización así como el importe de ésta, son contrarias al (actual) art. 101 TFUE (= problema de la *competencia para apreciar las consecuencias de la nulidad*).

Las tres cuestiones planteadas tenían un gran *interés práctico* por los siguientes motivos: a) El *sector asegurador* es esencial para los mercados de capitales. En él, operan grandes empresas con una fuerte vocación de internacionalidad. En ocasiones, es difícil distinguir y valorar los posibles efectos procompetitivos o anticompetitivos de acuerdos y prácticas entre aseguradoras. b) *La víctima* (empresa o particular) de una conducta anticompetitiva puede optar, en principio, entre un contencioso objetivo o *public enforcement* y un contencioso subjetivo o *private enforcement*. El primero se desarrolla ante autoridades especializadas en mantener la libre competencia en los mercados (Comisión, autoridades nacionales de competencia). Ésta es una política pública que responde a un interés general. El segundo se desarrolla ante los tribunales ordinarios con el fin de salvaguardar los intereses de los particulares. La elección depende del resultado que persigue la víctima, de la urgencia de la situación y de los medios de que dispone. En ocasiones, sólo hay un procedimiento. Otras veces, hay dos procedimientos paralelos (para solicitar medidas cautelares y ante la autoridad nacional de competencia). A veces, el perjudicado acude, primero, a la autoridad administrativa, para que investigue una conducta anticompetitiva y, después, a los jueces para que fijen una indemnización (las *follow-on law suits*). Las cuestiones interpuestas ante el TJCE se formularon en el marco de estas últimas. c) *La Comisión* había iniciado el procedimiento para lograr, mediante el ejercicio por particulares de acciones indemnizatorias, mayor observancia de las normas europeas de competencia (*private enforcement*) (Comisión, *Livre vert, Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, 19 diciembre 2005, Documento COM [2005] 672 final⁵. Solución → En el caso *Manfredi*, el Tribunal consideró que: a) Una entente puede violar tanto las normas nacionales como las europeas de defensa de la competencia, si, habida cuenta de las características del mercado nacional en cuestión, existe un grado suficiente de probabilidad de que dicha entente pueda ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, en la venta de las pólizas de este seguro en el Estado miembro de que se trate por empresas establecidas en otros Estados miembros y de que esta influencia no sea insignificante (STJCE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, § 52). b) El (actual) art. 101.1 TFUE produce *efectos directos* en las relaciones entre particulares y crea derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar (STJCE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, § 58). Por consiguiente, cualquier persona puede invocar ante los tribunales la infracción del art. 101 TFUE y, en consecuencia, hacer valer la nulidad de un acuerdo o una práctica prohibidos por dicho artículo (STJCE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, § 59). El TJCE siguió, pues, la doctrina de *Courage*: reconoce una *legitimación*

intesa anticoncorrenziale per una delle parti dell'accordo: il punto di vista del giudice italiano", *Foro it.*, 2002, IV, col. 84-90; H. WEYER, *GRUR Int.*, 2002, pp. 57-60.

⁵ J. PHEASANT, "Damages actions for breach of the EC antitrust rules: The European Commission's Green Paper", *Eur. Compet.L.Rev.*, 2006, pp. 365-381.

procesal activa amplia en aras de la eficacia del Derecho europeo de la competencia. c) Ante la falta de normativa europea, correspondía a los Estados miembros designar los tribunales competentes, regular los procesos destinados a asegurar la salvaguardia de los derechos que los justiciables obtienen del efecto directo del Derecho europeo y determinar el plazo de prescripción de la acción, así como su cómputo y suspensión, respetando el *principio de equivalencia* y el *principio de efectividad* (STJCE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, §§ 62, 72, 81 y 82). d) En cuanto a la *extensión de la reparación*, si en las acciones similares a las basadas en las normas europeas de competencia se pueden conceder indemnizaciones especiales, como son las de *carácter disuasorio o punitivo*, en estas últimas acciones también deben poder concederse (STJCE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, § 99). Además, las personas que hayan sufrido un perjuicio deben poder solicitar la reparación no sólo del *daño emergente*, sino también del *lucro cesante*, así como el pago de *intereses* (STJCE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, § 100)⁶.

4. ➤ *Caso 3. El cártel de los camiones*. Entre el 17 enero 1997 y el 18 enero 2011, varias empresas europeas fabricantes de *camiones medios* (entre 6 y 16 toneladas) y de *camiones pesados* (más de 16 toneladas), concluyeron acuerdos de fijación de precios, repercusión de costes de la normativa medioambiental y del calendario para la introducción de ella. Solución → La Comisión estimó que estos acuerdos constituían una *infracción única y continuada* del art. 101 TFUE⁷. Salvo a MAN (que había denunciado a los demás integrantes del cártel), la Comisión impuso multas a Volvo/Renault (670.448.000 €), Daimler (1.008.766.000 €), Iveco (494.606.000 €) y DAF (752.679.000 €) (Dec.Com. 19 julio 2016, Asunto AT.39824-Camiones, *DOUE C* 108 de 6 abril 2017). Poco tiempo después de que esta decisión

⁶ Vid. STJCE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461, §§ 62-64, comentada, *ad ex.*, por E. ADOBATI, “La Corte di giustizia riconosce il diritto dei singoli di far valere il diritto comunitario in un’azione volta ad ottenere il risarcimento dei danni nell’ambito della RC auto”, *Dir.comunit.scambi int.*, 2006, pp. 534-537; B. BONNAMOUR, “Quand la CJCE s’invite au débat sur les dommages et intérêts punitifs”, *Revue Lamy droit des affaires*, 2006, n° 10, pp. 72-73; I. BRINKER/J.C. BALSSEN, “Von Crehan zu Manfredi: Grundlage eines kartellrechtlichen Schadensersatzanspruch für ‘jedermann’?”, en I. BRINKER/D.H. SCHEUING/K. STOCKMANN (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 2006, pp. 69-80; F.W. BULST, “Zum Manfredi-Urteil des EuGH”, *ZEuP*, 2008, pp. 178-195; A.-L. CALVO CARAVACA/J. RODRIGUEZ RODRIGO, “Nota a STJCE 13 julio 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04”, en “Casos escogidos de Derecho antitrust europeo”, *Estudios de Deusto*, vol. 55/1, Enero-Junio 2007, pp. 315-327; M. CHAGNY, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles: la Cour de justice invitée au débat sur le Livre vert”, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2006, n° 9, pp. 86-89; B. CHEYNEL, “Les dommages et intérêts concurrentiels à nouveau devant la Cour de justice”, *Revue Lamy droit des affaires*, 2006, n° 9, p. 54; P. GRUBER, “Versicherungskartelle und Schadensersatz - Neues vom EuGH”, *RdW*, 2007, pp. 16-18; P. IANNUCELLI, “La Saga RC auto rimane (per ora) una questione tutta italiana”, *Concorrenza e mercato*, 13-14, 2005-2006, pp. 291-311; Id., “La Cour botte en touche sur la réparation civile des dommages causés par une infraction aux règles de concurrence”, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2006, n° 9, pp. 67-72; T. LÜBBIG, “Gleichzeitiger Verstoß gegen nationale und europäisches Wettbewerbsrecht durch Kartell - Aktivlegitimation jedes Geschädigten”, *EuZW*, 2006, pp. 536-537; S. MONTEMAGGI, “Dalla Corte di Giustizia nuovi spunti di riflessione per una tutela effettiva del consumatore vittima di pratiche anticoncorrenziali”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, 06, pp. 634-645; O. PALLOTTA, “Consumatori e concorrenza: le questioni irrisolte nella causa Manfredi”, *Il diritto dell’Unione Europea*, 2007, pp. 305-326; C. PRIETO, “Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Concurrence”, *Chunet*, 2007, pp. 671-674; C. SEITZ, “Ein gegen nationale Wettbewerbsrecht verstößendes Kartell von Versicherern kann gleichzeitig gegen Art. 81 EG verstoßen, wenn es in diesem Staat den Abschluss von Versicherungen durch Angehörige anderer Mitgliedstaaten beeinflussen kann”, *EWS*, 2006, pp. 416-418.

⁷ Sobre el concepto de *infracción única y continuada* del art. 101 TFUE, *vid.*, *ad ex.*, G. BREI, “Die einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung: eine mehr als fragwürdige Rechtsfigur im europäischen Kartellrecht”, *NZKart*, 5, 5, 2017, pp. 211-217; M. DREHER, “Die komplexe und fortdauernde Zuwiderhandlung im europäischen Kartellrecht”, *ZWeR*, 5, 2007, pp. 276-302; S. EINHAUS, “Water flowing? News on the continuous infringement: IMI plc, IMI Kynoch Ltd., Yorkshire Copper Tube Ltd. v. Commission, General Court (Eight Chamber), judgment of 19 May 2010, T-18/05”, *ELR*, n° 9, 2010, pp. 289-299; Í. IGARTUA ARREGUI, “La congruencia en las decisiones de infracción única y continuada: el asunto del transporte aéreo de mercancías”, en M.A. RECUERDA GIRELA (DIR.), *Problemas prácticos y actualidad del Derecho de la competencia: Anuario de Derecho de la competencia 2016*, Madrid, Civitas, Thomson Reuters, 2016, pp. 215-235; J. JOSHUA, “Single continuous infringement of Article 81 EC: has the Commission stretched the concept beyond the limit of its logic?”, *ECJ*, 5, 2, 2009, pp. 451-477; D. RILEY, “Revisiting the single and continuous infringement of Article 101: the significance of Anic in a new era of cartel detection and analysis”, *World Compet.*, 37, 3, 2014, pp. 293-317; K. SEIFERT, “The single complex and continuous infringement: ‘effet utilitarism’?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 9, 2008, pp. 546-556; Id., *Die einheitliche und fortgesetzte Zuwiderhandlung: komplexe Kartelle im europäischen Kartellrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2013; U. SOLTÉSZ, “Das ‘Single and Continuous Infringement’: Wunderwaffe der Kartellermittler?”, *EuZW*, 27, 18, 2016, pp. 681-682.

de la Comisión fuese publicada, se interpusieron en varios Estados miembros de la UE *follow-on actions* ante órganos judiciales estatales, solicitando el resarcimiento de los daños causados por estos actos anticompetitivos. Un año después de que la decisión de la Comisión fuera oficialmente publicada, algún medio de comunicación social se hizo eco de la importancia que el cártel de los camiones tiene para las empresas españolas del transporte por carretera: Se trataría de un cártel con una duración de 14 años, que afectó a unos 300.000 vehículos, de los cuales unos 100.000 han reclamado. El sobrecoste medio del precio estaría entre el 10% y el 12%. Se reclamaría la devolución de unos 1.000 millones de euros a los fabricantes; es decir, el 20% de lo gastado o, lo que es lo mismo, la suma del sobreprecio y de los intereses legales de éste, desde que se realizó la compra de camiones, que, en muchos casos, tenían un precio que rondaba los 70.000 euros por unidad (= entre 13.000 y 16.000 euros por camión)⁸.

5. ➤ *Caso 4. Lithuanian Airlines y el abuso de posición dominante de Air Baltic (2018)*. La compañía aérea *Lithuanian Airlines* realizaba vuelos procedentes del aeropuerto de Vilna (Lituania). Declarada en concurso de acreedores, atribuyó sus pérdidas a la práctica de *precios predatorios* (*predatory pricing, Kampfpreise*) por una compañía rival letona, *Air Baltic*. Esta última había pactado con la sociedad gestora del Aeropuerto de Riga (Letonia) una reducción drástica de los precios de los servicios aeroportuarios. Gracias a este ahorro, *Air Baltic* pudo permitirse los precios predatorios que empujaron a *Lithuanian Airlines* abandonar el mercado en Vilna (Lituania)⁹. Solución → La aerolínea lituana demandó a *Air Baltic* y al Aeropuerto de Riga por daños y perjuicios ante los tribunales de Vilna (Lituania). El tribunal de primera instancia estimó que *Air Baltic* y el Aeropuerto de Riga habían infringido el Derecho antitrust nacional y europeo e impuso el pago, en concepto de indemnización por el perjuicio patrimonial sufrido, de 16,1 millones €, más intereses, a *Air Baltic*. *Air Baltic* y el Aeropuerto de Riga interpusieron recurso contra dicha sentencia ante el Tribunal de Apelación de Lituania, en el que impugnaban la competencia de los órganos jurisdiccionales lituanos para pronunciarse sobre el litigio. Éste último planteó *varias cuestiones prejudiciales* relacionadas con la competencia internacional de los tribunales lituanos conforme al Derecho de la UE. En sustancia, se trataba de aclarar si el concepto de *lugar del daño* para el art. 102 TFUE es el mismo que para el art. 101 TFUE. El TJUE respondió acerca de:

⁸ Datos que publica H. GUTIÉRREZ, “Los camioneros españoles reclaman unos 1.000 millones de euros a los fabricantes”, diario *El País*, 7 abril 2018.

⁹ Sobre los *precios predatorios*, *vid., ad ex.*, A. ALEMANNI/M. RAMONDINO, “The ECJ France Télécom/Wanadoo judgment: to recoup or not to recoup?: that ‘was’ the question for a predatory price finding under Article 82 EC (France Télécom SA v. Commission, ECJ (First Chamber), judgment of 2 April 2009, C-202/07 P)”, *ELR*, n° 6, 2009, pp. 202-210; F.-W. BULST, “Art. 102 AEUV”, en LANGEN/BUNTE, *Kartellrecht: Kommentar*, Band 2 (*Europäisches Kartellrecht*), 13ª ed., Köln, Luchterhand Verlag, 2018, pp. 575-704 (pp. 676-681); A.-L. CALVO CARAVACA/J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Precios predatorios”, *RCD*, 1, 1, 2007, pp. 39-77; P. CHONÉ, “Predatory pricing: a comment”, en J. BASEDOW/W. WURMNEST (Eds.), *Structure and effects in EU competition law: studies on exclusionary conduct and State aid*, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 143-154; G. FAELLA, “L’incerto status dei prezzi predatori e degli sconti selettivi nel diritto antitrust europeo”, *Mercato concorrenza regole*, XV, 2, 2013, pp. 267-286; G. GAUDIN/D. MANTZARI, “Margin squeeze: an above-cost predatory pricing approach”, *JCLE*, 12, 1, 2016, pp. 151-179; J. GLÖCKNER/L.V. BRUTTTEL, “Predatory pricing and recoupment under EU competition law: per se rules, underlying assumptions and the reality: results of an experimental study”, *Eur. Compet.L.Rev.*, 31, 11, 2010, pp. 423-431; L.L. GORMSEN, “How well does the European legal test for predation go with an economic approach to Article 102 TFEU?”, *LIEI*, 37, 4, 2010, pp. 292-304; M.A. GRAVENGAARD, “The meeting competition defence principle: a defence for price discrimination and predatory pricing?”, *Eur. Compet.L.Rev.*, 27, 12, 2006, pp. 658-677; L. HENRIKSSON, “Predatory foreclosure and EC competition law”, *Europarättslig tidskrift*, 11, 3, 2008, pp. 689-716; D. HOWARTH, “Unfair and predatory pricing under Article 82 EC: from cost-price comparisons to the search for strategic standards”, en G. AMATO/C.-D. EHLERMANN/A. KOMNINOS (Eds.), *EC competition law: A critical assessment*, Oxford, 2007, pp. 249-295; K.W. LANGE/T. PRIES, “Die Neuorientierung der europäischen Missbrauchsaufsicht in dem Bereich von Kampfpreisstrategien (predatory pricing)”, *EWS*, 20, 3, 2009, pp. 57-65; A.M. MATEUS, “Predatory pricing: a proposed structured rule of reason”, *ECJ*, 7, 2, 2011, pp. 243-267; R. MOISEJEVAS, “Objective justifications in predatory pricing”, *Jurisprudencija / Jurisprudence*, 18, 1, 2011, pp. 213-232; M. MOURA E SILVA, “Predatory pricing under Article 82 and the recoupment test: do not go gentle into that good night”, *Eur. Compet.L.Rev.*, 30, 2, 2009, pp. 61-66; M.I. NÚÑEZ OSORIO, *El abuso anticompetitivo en precios: rebajas y precios predatorios*, Madrid, 2012; R. O’DONOGHUE/J. PADILLA, *The Law and Economics of Article 102 TFUE*, 2ª ed., Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2013, pp. 291-363; A. DI RIENZO, “Bloccati dal tribunale I prezzi predatori della France Télécom”, *DPCE*, II, 2007, pp. 1014-1017; F. SCHUMACHER, “Predatory Pricing und Verlustausgleich”, *wbl*, 23, 6, 2009, pp. 273-278; B. SHER, “Article 82: predatory pricing”, *Competition law insight*, 5, 3, 2006, pp. 3-5; K.E. WINKLER, “Counterfactual analysis in predation cases”, *Eur. Compet.L.Rev.*, 34, 8, 2013, pp. 410-421; W. WURMNEST, “Predatory pricing: from price/cost-comparisons to post-Chicago thinking”, en J. BASEDOW/W. WURMNEST (Eds.), *Structure and effects in EU competition law: studies on exclusionary conduct and State aid*, Alphen aan den Rijn, 2011, pp. 97-142.

- 1º) *Si existía un “daño”*. En efecto, cabía preguntarse si, en el marco de una acción de indemnización del daño causado por prácticas contrarias a la competencia, el *lucro cesante* alegado por la parte que es víctima de tales prácticas podía constituir un “daño” que justificase la competencia de los tribunales del Estado miembro del “lugar donde se hubiere producido el daño”¹⁰. La cuestión tenía *trascendencia práctica* por varios motivos. *Primero*, el “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso” es un *foro especial*. Debe interpretarse *restrictivamente*. No puede, por tanto, interpretarse *extensivamente* e incluir “*cualquier lugar donde puedan experimentarse las consecuencias perjudiciales de un hecho que haya causado ya un daño efectivamente sobrevenido en otro lugar*”¹¹. *Segundo*, conviene distinguir, porque, como sostenían los escolásticos, “quien no distingue confunde”: una cosa es el “daño inicial”, en el sentido de la jurisprudencia del TJUE en aplicación del Reglamento Bruselas I-bis y sus antecedentes, y otra es “un perjuicio económico consecutivo”, que no puede justificar, por sí solo, la aplicación del art. 5.3 Reglamento n.º 44/2001¹². El TJUE estuvo conforme en que “[...] un *lucro cesante* consistente en la *pérdida de ventas supuestamente sufrida como consecuencia de la realización de prácticas contrarias a la competencia en infracción de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE puede calificarse como un ‘daño’ a efectos de la aplicación del artículo 5, punto 3, del Reglamento n.º 44/2001 [...]*”¹³. Fue decisivo que, en un caso anterior sobre un supuesto incumplimiento de una prohibición de venta de productos fuera de una red de distribución selectiva, el Tribunal de Justicia hubiese considerado que constituyese un daño la *reducción del volumen de ventas y la consiguiente pérdida de beneficios* sufridas por un distribuidor autorizado¹⁴.
- 2º) *Dónde se localizaba éste*. Según el Tribunal de Justicia, “[...] el artículo 5, punto 3, del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de una acción de indemnización de un perjuicio ocasionado por prácticas contrarias a la competencia, el ‘lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso’ se refiere, en una situación como la del procedimiento principal, concretamente, al lugar donde se haya materializado un *lucro cesante* consistente en una *pérdida de ventas*, es decir, al lugar del mercado afectado por tales prácticas en el que la víctima afirma haber sufrido esas pérdidas”¹⁵. El mismo TJUE consideró que: “*En este caso, y por lo que respecta a las pérdidas sufridas por una compañía aérea en los vuelos operados con salida o llegada en la capital del Estado miembro en que se halla establecida dicha compañía, el mercado esencialmente afectado debe considerarse el de ese Estado miembro en que la referida compañía desarrolla el grueso de sus actividades de venta relativas a tales vuelos, es decir, el mercado lituano*”¹⁶.

¹⁰ STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 30.

¹¹ STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 32, siguiendo explícitamente la estela de STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Marinari/Lloyd’s Bank*, ECLI:EU:C:1995:289, §§ 14 y 15 (comentada por J.-M. BISCHOFF, “Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes”, *Clunet*, 1996, pp. 562-564; J.-B. BLAISE/C. ROBIN-DELAINE, “Jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance (juillet-octobre 1995)”, *R.A.E.*, nº 4, 1995, pp.93-94; A. BRIGGS, “The Uncertainty of Special Jurisdiction”, *LMCLQ*, 1996, pp. 27-29; J.G. COLLIER, “The Surprised Bank Clerk and the Italian Customer - Competing Jurisdictions”, *The Cambridge Law Journal*, 1996, pp. 216-218; R. GEIMER, *JZ*, 1995, p. 1108; V.H. HOLL, *EuZW*, 1995, pp. 766-767; T. HARTLEY, “Article 5(3): Place Where the ‘Harmful Event’ Occurs”, *Eur.L.Rev.*, 1996, pp. 164-166; L. IDOT, *Europe*, 1995, Novembre, Comm. nº 11, p. 19; P. VLAS, “The EEC Convention on Jurisdiction and Judgments”, *NILR*, 1995, pp. 420-425; A. SARAVALLE, “Evento dannoso e sue conseguenze patrimoniali: giurisprudenza italiana e comunitaria a confronto”, *Foro it.*, 1996, IV, col. 341-348; E. DE SMITER, *Rev.M.unique eur.*, nº 4, 1995, pp.185-186; H. TAGARAS, “Chronique de jurisprudence de la Cour de justice relative à la Convention de Bruxelles. Années judiciaires 1994-1995 et 1995-1996”, *Cah.dr.eur.*, 1997, pp. 222-226).

¹² STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 33.

¹³ STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 36.

¹⁴ STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 35. Se trataba de la la STJUE 21 diciembre 2016, C-618/15, *Concurrence*, EU:C:2016:976, §§ 33 y 35, comentada por L. IDOT, “Compétence en matière délictuelle”, *Europe*, 2017, Février, Comm. nº 2, pp. 43-44.

¹⁵ STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 43.

¹⁶ STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 39.

3º) Si el “lugar del daño” es el mismo, haya o no una entente previa a un abuso de posición dominante. Puede ocurrir que haya un concurso de normas entre el art. 101 TFUE y el art. 102 TFUE; es decir, que unas prácticas anticompetitivas puedan considerarse, simultánea o sucesivamente, tanto una entente como una posición de abuso dominante. Surge en el Derecho antitrust una duda que ya ha sido aclarada: la de saber si lo que se debe sancionar son ambos tipos de ilícito concurrencial o sólo uno de ellos y si, en este caso, corresponde a la Comisión de la UE o a las Autoridades Nacionales de la Competencia elegir el procedimiento que se sigue contra una de ellas¹⁷. Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, sin embargo, no había hasta ahora una respuesta semejante. De ahí la importancia de que se haya planteado esta cuestión ante el Tribunal de Justicia en el contexto de una acción civil para la reparación de daños anticompetitivos.

Para el TJUE, “[...] el artículo 5, punto 3, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que, en el marco de una acción de indemnización de un perjuicio causado por prácticas contrarias a la competencia, el concepto de ‘lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso’ puede interpretarse bien como el lugar de celebración de un acuerdo contrario a la competencia en violación del artículo 101 TFUE, bien como el lugar en que se ofrecieron y aplicaron los precios predatorios, si dichas prácticas eran constitutivas de una infracción del artículo 102 TFUE”¹⁸. El Tribunal de Justicia recurre a una distinción confirmada por abundante jurisprudencia suya entre el “lugar del hecho causal” y el “lugar del daño”: a la víctima le corresponde elegir cuál de estos dos foros prefiere para demandar al presunto infractor ante los tribunales del Estado miembro correspondiente¹⁹.

4º) Si se puede demandar ante los tribunales del Estado en que opera una sucursal que ha participado en la práctica anticompetitiva. Uno de los foros del actual RB I-bis es el denominado “foro de la sucursal”, que no sólo emplea él, sino que utilizaron también los textos legales europeos que han constituido sus precedentes históricos. En este caso concreto, el tribunal remitente pedía que se interpretara el concepto de “explotación de sucursales” (art. 5.5. R. 44/2001). Air Baltic tenía una sucursal en Lituania, que se ocupaba del transporte aéreo internacional de pasajeros, mercancías y correo. No era objetable que, desde el punto de vista de la competencia judicial internacional, constituía una auténtica “sucursal”. Entre otras cosas, podía fijar los precios de los vuelos de Air Baltic con origen o destino en el aeropuerto de Vilna; sin embargo, no constaba que esta sucursal de Air Baltic hubiese fijado nunca esos precios. Si esto era así, ¿podría aplicarse el foro de la sucursal para justificar la competencia de los tribunales lituanos?. El Tribunal de Justicia resolvió que: “[...] el artículo 5, número 5, del Reglamento n.º 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que el concepto de ‘litigios relativos a la explotación de sucursales’ comprende la acción de indemnización de un daño supuestamente causado por un abuso de posición dominante consistente en la aplicación de precios predatorios, cuando una sucursal de la empresa que ostenta la posición dominante ha participado de forma efectiva y significativa en esa práctica abusiva”²⁰. El Tribunal de Justicia muestra así la potencialidad de uno de los foros del sistema del Reglamento Bruselas I-bis en materia de acciones por daños antitrust. Añade, sin embargo, una precisión necesaria para que resulte operativo con este tipo de acciones: que la sucursal de la empresa que ha abusado de posición dominante haya participado “de forma efectiva y significativa en esa práctica abusiva”, como era el caso. Una sucursal del mismo grupo que ejerciera en Lituania otro tipo de funciones (*ad ex.*, promoción del turismo a Letonia con independencia del medio de transporte) no hubiera servido, por el contrario, para atribuir la competencia sobre una acción indemnizatoria por daños anticompetitivos a

¹⁷ Sobre esta cuestión, *vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, t. I, *Parte General: La competencia*, Madrid, Editorial Colex, 2009, pp. 97-101; E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3ª ed., C.H.Beck, 2014, pp. 408-411.

¹⁸ STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § 57.

¹⁹ Ampliamente, en epígrafe II, 6, A).

²⁰ STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533, § .

los tribunales lituanos (Conclusiones del AG Sr. Michal Bobek, 28 febrero 2018, C-27/17, *AB flyLAL-Lithuanian Airlines, en liquidación/Starptautiskā lidosta Rīga VAS y Air Baltic Corporation A/S*, ECLI:EU:C:2018:136, y STJUE 5 julio 2018, C-27/17, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2018:533).

6. Con anterioridad a los casos *Courage y Manfredi*, la jurisprudencia comunitaria se limitó a destacar la relación entre la validez y la eficacia de las conductas anticompetitivas y, en el mejor de los casos, el papel llamado a desempeñar por los jueces nacionales (F. CASOLARI)²¹. Así, *ad ex.*, según la STJ-CE 27 marzo 1974, C-127/73, *BRT/SABAM*, ECLI:EU:C:1974:25, § 14: “[...] corresponde también al Juez apreciar si las prácticas abusivas que, en su caso, se hayan comprobado repercuten en los intereses de los autores o de terceros afectados, y en qué medida, para deducir las consecuencias que ello pueda producir respecto a la validez y al efecto de los contratos impugnados o de algunas de sus cláusulas”²².

2. Del caso *Provimi* a la Directiva 2014/104/UE

7. Con el transcurso de los años, quedó claro que el número de demandas de indemnización de daños por actos anticompetitivos fue muy bajo. Si se toma como referencia el período de tiempo que va desde el caso *Provimi*, considerado expresa o implícitamente por un sector de la doctrina como el origen de la litigación privada en Europa por infracciones de Derecho de la competencia²³, hasta la entrada en vigor de la Directiva de daños antitrust de 2014²⁴, se observa que, en Europa, apenas se interponían unas pocas acciones judiciales por daños antitrust cada año (de ordinario, cerca de un 25% del total de casos resueltos por autoridad administrativa eran objeto de acciones *follow-on*); mientras que, en Estados Unidos, la litigación privada antitrust superaba, en ocasiones, las mil acciones civiles por año (de ordinario, alrededor de un 90% del total de casos objeto de procedimiento por autoridad administrativa acababan originando acciones *follow-on*)²⁵. La enorme litigiosidad en los Estados Unidos a este respecto nada tiene que ver con el Derecho antitrust en sí mismo, sino con el régimen norteamericano de la responsabilidad civil (los denominados *treble damages* o indemnización de hasta el triple del daño causado), de la legitimación procesal activa (la *class action* o acción popular en favor de determinadas categorías de personas) y de la asistencia técnica de letrado (el *contingent fee* o *pacto de cuota litis* y la condena al pago íntegro de los honorarios del abogado de la parte vencedora en el proceso). Para revertir este proceso, se elaboró la Directiva 2014/104/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 noviembre 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE (en lo sucesivo, Directiva de daños antitrust)²⁶. Ésta ha obligado a los Estados miembros de la UE a poner a

²¹ F. CASOLARI, “Diritto ad un pieno risarcimento”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 1-11 (p. 2 [nota 1]).

²² Comentada por V. DEUTSCH, *EuR*, 1974, pp. 351-354; E. SCHULZE, *GRUR Int.*, 1974, pp. 344-345; A. TIZZANO, *Foro it.*, 1974, IV, Col. 319-320.

²³ High Court of England and Wales, *Provimi et al. v Aventis et al.*, [2003] 2 All ER (Comm) 683 (6 May 2003). Sobre el caso *Provimi*, *vid.*, *ad ex.*, F.W. BULST, “The *Provimi* decision of the High Court: beginnings of private antitrust litigation in Europe”, *EBOR*, 4, 4, 2003, pp. 623-650; G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfer: Forum shopping im europäischen Kartelldeliktsrecht (zu *Provimi Ltd. vs. Roche Products Ltd. and other actions*, 6.6.2003, (2003) EWHC 961 (Comm) (2003), 2 All ER (Comm) 683, und LG Dortmund, 1.4.2004, 13 O 55/02, unten S. 542, Nr. 45)”, *IPRax*, 25, 6, 2005, pp. 509-516.

²⁴ A. PETRASINCU/F. SCHAPER, “Intertemporale Anwendung des Kartelldeliktsrechts nach der 9. GWB-Novelle: Vereinbarkeit von § 186 Abs. 3, 4 GWB mit Art. 22 der EU-Richtlinie zum Kartellschadensersatz”, *WuW*, 67, 6, 2017, pp. 306-311.

²⁵ *Vid.* estadísticas en *Sourcebook of criminal justice statistics Online* (<http://www.albany.edu/sourcebook/> Table 5.41.2012). Antitrust cases filed in U.S. District Courts. Consultada por última vez el 16 marzo 2018. También R. WHISH/D. BAILEY, *Competition Law*, 8ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 312-313.

²⁶ *DOI* 349 de 5 diciembre 2014. *Vid.*, *ad ex.*, R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles: étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruxelles, Bruylant, 2014; D. ASHTON/F. MAIER-RIGAUD/ULRICH SCHWALBE, *Competition damages actions in the EU: Law and Practice*, 2ª ed., Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, Edward Elgar Publishing, 2018; F. BÖNI, “Europäische Richtlinie zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung: Mass aller Dinge für Privatgeschädigte?”, *EWS*, 2014, pp. 324-331; M.P. CANEDO ARRILLAGA/P. FIGUEROA, “La Directiva Europea relativa a acciones por daños de infracciones del Derecho de la competencia de los Estados Miembros y de la Unión Europea”, en L. PRATS ALBENTOSA/G. TOMÁS MARTÍNEZ (COORD.), *Culpa y responsabilidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp.

punto su legislación, lo que España ha realizado mediante el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 mayo, por el que se transponen Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores²⁷. Con ella, comienza una nueva era para la denominada “aplicación privada” del Derecho antitrust europeo (*Private enforcement*)²⁸. Para comprender el “salto de gigante” que esto supone para los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, son necesarias las consideraciones que a continuación siguen, no sin antes señalar que, además, de un “salto cualitativo”, la transposición de la Directiva de daños anticompetitivos a los sistemas jurídicos de los Estados miembros de la UE ha supuesto también un “salto cuantitativo”: en poco tiempo, se han incoado por los tribunales europeos cientos de procesos civiles de reparación de daños anticompetitivos; aunque obviamente, por la fecha en que se produjeron las ententes o los abusos de posición dominante, la normativa material introducida por la Directiva 2014/104/UE en los ordenamientos nacionales no resulte aplicable. Una *mentalidad hamletiana* sin duda se preguntará cuál o cuáles son las causas de este fenómeno. La duda se ve alimentada por dos posibles explicaciones (R. AMARO). Conforme a un *enfoque pesimista*, el incremento de acciones civiles para la compensación por daños anticompetitivos se corresponde con un aumento de las infracciones del Derecho de la competencia (= *vivimos en una sociedad intensamente cartelizada*). Conforme a un *enfoque optimista*, no ha habido tanto un aumento del número de ilícitos anticoncurrenenciales como una “sensibilización” de la sociedad contra ellos, promovido por el hecho de

173-185; D. CALISTI/L. HAASBEEK/F. KUBIK, “The Directive of 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*, 2014, pp. 466-473; D. CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, “La transposición de la Directiva de daños de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la competencia”, *Anuario de la competencia 2015*, Madrid, Fundación ICO, Marcial Pons, 2015, pp. 421-445; N. DUNNE, “Courage and compromise: The Directive on antitrust damages actions”, *Eur.L.Rev.*, 40, 4, 2015, pp. 581-597; F.C. HAUS/M. SERAFIMOVA, “Neues Schadensersatzrecht für Kartellverstöße: die EU-Richtlinie über Schadensersatzklagen”, *BB*, 69, 48, 2014, pp. 2883-2890; C.A. HEINZE, *Schadensersatz im Unionsprivatrecht: eine Studie zu Effektivität und Durchsetzung des europäischen Privatrechts am Beispiel des Haftungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017; C. HERRERO SUÁREZ, “La transposición de la Directiva de daños antitrust. Reflexiones a raíz de la publicación de la propuesta de Ley de transposición de la Directiva”, *CDT*, 8, 1, 2016, pp. 150-183; C. KERSTING, “Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht”, *WuW*, 64, 6, 2014, pp. 564-575; C. KERSTING/N. PREUSS, *Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU): ein Gesetzgebungsvorschlag aus der Wissenschaft*, Baden-Baden, Nomos, 2015; A.I. KÜHNE/S. WOITZ, “Die neue EU-Kartellschadensersatzrichtlinie: ‘Follow-on’-Klagen auf Schadensersatz werden gefährlicher”, *DB*, 68, 18, 2015, pp. 1028-1032; J. KWAN, “The Damages Directive: End of England’s Eminence?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 2015, pp. 455-462; T. LETTL, “Kartellschadensersatz nach der Richtlinie 2014/104/EU und deutsches Kartellrecht”, *WRP*, 2015, pp. 537-545; T. MAKATSCHEV/A.S. MIR, “Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen: Angst vor der eigenen ‘Courage’?”, *EuZW*, 26, 1, 2015, pp. 7-13; P.-C. MÜLLER-GRAFF, “Kartellrechtlicher Schadensersatz in neuer Versuchsanordnung”, *ZHR*, 179, 2015, pp. 691-706; L. NICOLAS-VULLIERME, “Die Umsetzung der Kartellschadensersatzrichtlinie (2014/104/EU) in das französische Recht”, *WuW*, 67, 12, 2017, pp. 592-595; P. PIZZI, “Il recepimento della direttiva europea in tema di risarcimento dei danni anticoncorrenziali: problemi e soluzioni”, *Dir.comunit.scambi int.*, LIV, 3-4, 2015, pp. 519-539; A.M. TOBÍO RIVAS, “La responsabilidad en la indemnización por daños derivados de un ilícito antitrust: transposición de la Directiva 2014/104/UE”, *ADI*, 37, 2016-2017, pp. 83-116; E. UMMENBERGER-ZIERLER, “EU-Richtlinie über Schadensersatz bei Wettbewerbsrechtsverstößen: Harmonisierung mit Folgen?”, *ÖBl*, 2014, pp. 254-261; C. WEIDT, “The Directive on actions for antitrust damages after passing the European Parliament”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 2014, pp. 438-444; A. WEITBRECHT, “Die Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie: eine Chance für den Rechtsstandort Deutschland”, *WuW*, 65, 10, 2015, pp. 959-972; S. WISKING/R. DIETZEL/M. HERRON, “European Commission finally publishes measures to facilitate competition law private actions in the European Union”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 2014, pp. 185-193.

²⁷ BOE nº 126 de 27 mayo 2017. *Vid., ad ex.*, F. MARCOS, “Transposition of the Antitrust Damages Directive into Spanish Law”, *Working Paper IE Law School AJ8-241-I 13-02-2018*.

²⁸ En España, antes de la transposición de la Directiva, cabe recordar diversos casos, como, *ad ex.*, el *cártel del azúcar*, el *cártel del seguro decenal*, el *cártel de las desmotadoras de algodón*, el *cártel de los equipos contra incendios*, el *cártel de sobres de papel*, el *cártel de coches de alquiler*, el *cártel de servicios comerciales AENA*, el *cártel de industrias lácteas 2*, el *cártel AIO*, etc., que corrieron distintas suertes. *Vid., ad ex.*, M. ARAÚJO BOYD, “National report: Spain”, en G. BÁNDI ET AL. (EDS.), *Private enforcement and collective redress in European competition law, FIDE, XXVII. Congress, Budapest, 18-21 May 2016*, vol. 2, Budapest, Wolters Kluwer, 2016, pp. 753-776; P. CALLOL GARCÍA/J. MANZARBEITIA, “Antitrust damages litigation: key aspects of cartel damages cases in Spain”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 38, 8, 2017, pp. 374-380; F. DIEZ ESTELLA, “La escasez de acciones de daños y perjuicios derivadas de cárteles en España... ¿por qué?”, en J.M. BENEYTO PÉREZ/J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS (DIR.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 657-693; J. MAÍLLO/P. MILLA, “Pasado, presente y futuro de la lucha contra los cárteles en España”, en J.M. BENEYTO PÉREZ/J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS (DIR.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 39-67 (pp. 50-60); F. MARCOS, “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *Working Paper IE Law School AJ8-202*, Date Written: June 26, 2013, disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2351770>; J. SUDEROW, “Private Enforcement in Spanien: der Rechtsstreit zwischen Schokoladenherstellern und dem spanischen Zuckerkartell”, *WuW*, 64, 2, 2014, pp. 142-153.

que el Estado haya dotado a los particulares de herramientas más adecuadas para el fin que se pretende (= “efecto socialmente contagioso” de la “caja de herramientas” contra las infracciones del Derecho antitrust)²⁹. Nosotros nos quedamos con esta última explicación³⁰.

8. ➤ *Caso 1. Suspensión del procedimiento según la interpretación de la Lex Fori conforme a la Directiva 2014/104/UE antes de su transposición: el caso SAS 10 Médias (2015)*. En Francia, el grupo empresarial de noticias Amaury, propietario de *Le Parisien*, *Aujourd'hui en France* y del diario deportivo *L'Equipe*, intentó preservar el monopolio fáctico de éste e impedir que una sociedad rival *SAS 10 Médias* entrase en el mercado de la prensa deportiva y publicase un diario que le hiciese la competencia (*Le10Sport.com*). Con ese fin, anunció el lanzamiento de un nuevo diario (*Aujourd'hui Sport*), cuya salida al mercado se previó para el mismo día de la aparición de *Le10Sport.com*. Finalmente, *Aujourd'hui Sport* no se publicó. Una decisión de la *Autorité de la Concurrence* consideró que la conducta de las sociedades del grupo Amaury implicadas en la maniobra era, económicamente, irracional y perjudicial tanto para la pluralidad de la oferta como para los lectores y, jurídicamente, un abuso de posición dominante, que sancionó con una multa de 3.41 millones de euros (*Decisión de la Autorité de la concurrence, n° 14-D-02 de 20 febrero 2014*)³¹. La *Cour d'appel* de París confirmó la multa y su decisión fue recurrida (CA París, ch. 5-7, 15 mai 2015, *La société Les Éditions P. Amaury SA c/ SAS 10 Médias*, RG n° 2014/05554). Por otra parte, la sociedad 10 Médias interpuso una demanda para que se le resarciera del daño causado causado por las empresas del grupo rival que habían participado en el abuso de posición dominante. El problema procesal que se planteaba era si el *Tribunal de commerce* podía entrar a conocer del fondo del asunto, estaba facultado para suspenderlo o, incluso, estaba obligado a dictar la suspensión hasta que se resolviera el recurso de casación contra la sentencia de la *Cour d'appel* de París de 15 mayo 2015 que, en esos momentos, estaba pendiente. Solución → El *Tribunal de commerce* suspendió el procedimiento de reparación de daños en espera de que resolviese la Corte de casación francesa. Llamaron la atención poderosamente dos hechos. En primer lugar, el Tribunal de comercio interpretó la suspensión del procedimiento como una obligación y no como una facultad del juez que debe resolver el fondo del asunto. El tribunal francés se apartó así del tenor literal del art. 110 del *Code de procédure civile* (“[...] juge peut également suspendre l'instance lorsque l'une des parties invoque une décision, frappé de tierce opposition, de recours en révision ou de pourvoi en cassation”). En segundo lugar, el Tribunal de comercio llegó a esa conclusión, interpretando la *Lex Fori* francesa a la luz del Considerando [34] y el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE. Conforme a este último, para que una acción *follow-on* pueda ampararse en una resolución administrativa de la Comisión o de una Autoridad Nacional de la Competencia (la del propio Estado o la de otro Estado miembro de la UE) o en una resolución judicial que haya verificado ésta, es necesario que se trate de una resolución administrativa o una decisión judicial que sea firme³². Lo curioso es que, en

²⁹ Así, *ad ex.*, en Derecho francés, hoy existe una presunción general de daño en caso de entente entre competidores (nuevo art. L. 481-7 del *Code de commerce*); mientras que, en el Derecho anterior a la Ordenanza de transposición de la Directiva de daños anticompetitivos (*rectius*, la Ordenanza 2017-303 de 9 marzo 2017 y un Decreto de ese mismo día), no existía ninguna norma jurídica semejante y la jurisprudencia negaba la existencia de una presunción de daños en el caso de los cárteles. *Id.*, *ad ex.*, la sentencia *Cour de cassation*, ch. comm., 13 septiembre 2017, *EDF c/ Nexans*, RG n° 15-22837 y 15-23070, comentada por R. AMARO, “Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018)”, *Concurrences*, n° 2, 2018, pp. 225-239 (pp. 226-228). Por el contrario, en el caso de los abusos de posición dominante, la “jurisprudencia menor” proclamó en alguna ocasión que de éstas prácticas cabía inferir la existencia de una presunción favorable a la existencia de un daño anticompetitivo. Así, *ad ex.*, la sentencia del *Tribunal de grande instance* de París, 5° ch. 2° sect., 22 febrero 2018, *Société Betclit Enterprises Limited c/ G.I.E. Pari Mutuel Urbain*, RG 15/09129, comentada por R. AMARO, “Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018)”, *Concurrences*, n° 2, 2018, pp. 225-239 (pp. 229-231), sostuvo que: “[...] un préjudice pour les concurrents s'inferne nécessairement de ces pratiques, le PMU en ayant retiré un avantage concurrentiel illicite, au détriment des autres opérateurs”.

³⁰ En este mismo sentido, R. AMARO, “Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018)”, *Concurrences*, n° 2, 2018, pp. 225-239 (p. 225).

³¹ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, n° 1, 2016, p. 257.

³² *Id.*, *ad ex.*, A. BACH/C. WOLF, “Neue Instrumente im Kartellschadensersatzrecht: zu den Regeln über Offenlegung, Verjährung und Bindungswirkung”, *NZKart*, 5, 6, 2017, pp. 285-294; B.C. BECKER, “Faktische Bindungswirkung kartellbehördlicher Zusagenentscheidungen zu Gunsten von follow-on-Schadensersatzklägern: das Urteil des Tribunal de commerce de Paris im Fall DKT v. Eco-Emballages als Türöffner für private Schadensersatzklagen?”, *NZKart*, 4, 2, 2016, pp. 58-64; A.-L.

el momento de dictar su sentencia el Tribunal de comercio, el Estado francés aún no había transpuesto a su ordenamiento jurídico la Directiva 2014/104/UE³³ (Sentencia *Tribunal de commerce* París, 13^e ch., 2 novembre 2015, *SAS 10 Médias c/ SA Les Éditions P. Amaury et al.*, RG n° 2013004738)³⁴.

9. ➤ *Caso 2. Stand-alone action contra precios abusivamente bajos por empresa con posición dominante: el caso Google Maps (2015)*. En una acción autónoma o *stand-alone action*, no existe ninguna decisión administrativa sancionadora que proclame previamente a cualquier acción civil por daños que existe un *ilícito antitrust* y no puede la supuesta víctima acogerse al *efecto vinculante* de las decisiones administrativas en la materia (art. 9 de la Directiva 2014/104/UE); es decir, hay que probar, entonces, el hecho generador del daño y su carácter “ilícito” conforme a los *medios de prueba* admitidos por la *Lex Fori*. Así, *ad ex.*, la sociedad francesa Bottin Cartographes (luego, Evermaps), que era una casa editorial de mapas *on line* que competía con Google, demandó por daños anticompetitivos a Google, que ofrecía gratuitamente los conocidos *Google maps*. Según Bottin Cartographes, el comportamiento de Google era constitutivo de abuso de posición dominante; puesto que una empresa con una gran cuota de mercado practicaba una política de precios anormalmente bajos. Cabe preguntarse si realmente existía un acto antitrust, que generase un daño ilícito a la sociedad demandante y que Google debiese reparar. Solución → La sentencia del *Tribunal de Commerce* de París, 15^e ch., 31 enero 2012, *SAS Bottin Cartographes c/ SARL Google France et Google Inc.*, RG n° 2009061231, condenó solidariamente a la filial Google France y a su matriz Google Inc., sociedad constituida conforme al Derecho de California, a pagar 500.000 euros de indemnización. Sin embargo, Google interpuso recurso de apelación contra la anterior sentencia. La *Cour d’appel* de París se mostró mucho más cauta que el tribunal de instancia a la hora de considerar la “ilicitud” del hecho generador del daño. Así que recurrió a los medios de prueba contemplados por la *Lex Fori*. En concreto, el art. L. 462-3 del *Code de commerce* contemplaba la posibilidad de solicitar a la *Autorité de la Concurrence* un informe para un juicio contradictorio³⁵. La *Cour* lo solicitó (sentencia *Cour d’appel* de París, ch. 5-4, 20 noviembre 2013, *SARL Google France, société Google Inc. c/ Société Evermaps*, RG n° 12/02931) y, efectivamente, la Autoridad Nacional de la Competencia francesa emitió un informe favorable a Google (avis n° 14-A-18 de 16 diciembre 2014). La *Cour d’appel* se alineó con él y desestimó la demanda de reparación de daños y perjuicios: sin daño ilícito no hay indemnización posible (Sentencia *Cour d’appel* de París, ch. 5-4, 25 noviembre 2015, *SARL Google France, société Google Inc. c/ Société Evermaps*, RG n° 12/02931)³⁶.

CALVO CARAVACA/J. SUDEROW, “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, n° 2, 2015, pp. 114-157; B. GILIBERTI, “Public e private enforcement nell’Art. 9, CO. I della Direttiva Antitrust 104/2014: il coordinamento delle tutele: accertamento amministrativo e risarcimento danni nei rapporti privatistici”, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, XXVI, 1, 2016, pp. 77-113; J. HARTLIEB, “‘Drum prüfe, wer sich ewig bindet’: Bindungswirkung und Durchsetzung von Verpflichtungsbeschüssen der Kommission”, *NZKart*, 5, 9, 2017, pp. 458-463; F. PASQUARELLI, “Da prova privilegiata a prova vincolante: il valore probatorio del provvedimento dell’AGCM a seguito della Direttiva 2014/104/UE”, *IDI*, XXIV, 3, 2016, pp. 252-264; A. WEITBRECHT, “Bindungswirkung nationaler Entscheidungen”, *WuW*, 67, 5, 2017, pp. 244-247.

³³ M. DUMARÇAY, “La transposition de la directive ‘dommages’ en droit français: vers une nouvelle architecture des contentieux du droit des pratiques anticoncurrentielles?”, *Revue Lamy de la concurrence*, n° 62, 2017, pp. 25-33; F. MÜLLER, “Die Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU: eine effektive Stärkung von Kartellopfen in Frankreich?”, *WuW*, 66, 10, 2016, pp. 472-478.

³⁴ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, n° 1, 2016, pp. 251-260 (pp. 257-258).

³⁵ En la versión en vigor desde 22 noviembre 2012 a 1 marzo 2017, el art. L. 462-3 del Código de comercio francés decía lo siguiente: “*L’Autorité peut être consultée par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1 et L. 420-5 ainsi qu’aux articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l’Union européenne et relevées dans les affaires dont elles sont saisies. Elle ne peut donner un avis qu’après une procédure contradictoire. Toutefois, si elle dispose d’informations déjà recueillies au cours d’une procédure antérieure, elle peut émettre son avis sans avoir à mettre en oeuvre la procédure prévue au présent texte.*”

L’Autorité de la concurrence peut transmettre tout élément qu’elle détient concernant les pratiques anticoncurrentielles concernées, à l’exclusion des pièces élaborées ou recueillies au titre du IV de l’article L. 464-2, à toute juridiction qui la consulte ou lui demande de produire des pièces qui ne sont pas déjà à la disposition d’une partie à l’instance. Elle peut le faire dans les mêmes limites lorsqu’elle produit des observations de sa propre initiative devant une juridiction.

Le cours de la prescription est suspendu, le cas échéant, par la consultation de l’Autorité.

L’avis de l’Autorité peut être publié après le non-lieu ou le jugement.

³⁶ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, n° 1, 2016, pp. 251-260 (pp. 259-260).

10. ➤ *Caso 3. Follow-on action contra abuso de posición dominante en el sector de las telecomunicaciones: el caso Cowes (2015 y 2017)*. Con motivo de la implantación de internet, surgieron muchos litigios en el sector de las telecomunicaciones conocidos como “de la última milla” o del “bucle local”, que enfrentaron al operador tradicional de los respectivos Estados miembros de la UE y a las empresas proveedoras de acceso a internet. En Francia, France Télécom, el antiguo monopolista, concluyó con diversas empresas proveedoras de internet acuerdos mayoristas para que ellas pudieran ofrecer servicios minoristas. Con frecuencia, estas empresas se quejaron de que el monopolista histórico les concedió acceso en condiciones abusivas para favorecer a su filial en el mercado minorista (Wanadoo). A comienzos de los años 2000, la sociedad SAS Cowes (antigua Subiteo) no pudo entrar en el mercado minorista del acceso a internet a causa de las prácticas anticompetitivas (precios mayoristas abusivamente altos) realizadas por France Télécom (después, convertida en Orange). Así que interpuso una demanda de indemnización de daños por valor de 117,4 millones de euros, más 120.000 en concepto de indemnización por gastos procesales al amparo del art. 700 del *Code de procédure civile*. Solución → El caso Cowes es representativo de cómo se desarrolla una *follow-on action*; es decir, una demanda civil de reparación de daños que se apoya en la existencia de una decisión administrativa anterior que declara la existencia de un comportamiento anticompetitivo o en una decisión judicial que ha confirmado la decisión administrativa. En efecto, tras varias incidencias procesales, la *Cour d'appel* constató la existencia de los *tres elementos esenciales* para que surja la responsabilidad civil por daño anticompetitivo. *Primero*: Un *hecho ilícito anticompetitivo* (la *faute* o hecho generador del daño). France Télécom incumplió su obligación legal de responder, en “condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, a las demandas razonables de acceso al bucle local”. Con esto impidió el acceso de empresas competidoras al mercado minorista de internet y colocó a su filial Wanadoo “en situación de cuasi-monopolio”. *Segundo*: El *nexo de causalidad*. La demandante sostuvo que sus dificultades económicas provenían de las tarifas practicadas por France Télécom, con las que era muy difícil convencer a potenciales inversores para que financiaran y se convirtiesen en socios de empresas proveedoras de internet que compitiesen con Wanadoo, la filial del monopolista histórico de telecomunicaciones en Francia. La demandada alegó, pero no convenció, que las dificultades económicas de las empresas rivales de su filial en ese mercado derivado no eran sino la consecuencia de un defectuoso plan de financiación de éstas y del estallido de la burbuja de internet. *Tercero*: la *existencia del daño*. Las empresas competidoras del antiguo monopolista se hicieron, finalmente, con cuotas significativas del mercado relevante; aunque con mucho más retraso que si la empresa tradicional con posición de dominio en el mercado no hubiera abusado de ésta, practicando una política comercial de precios agresiva, que supuso daños (*perte éprouvée*) y perjuicios (*perte de chance*).

Nada de todo esto se comprendería, si no se tuviera en cuenta la importancia que tuvieron para la *Cour d'appel* dos resoluciones del *Conseil de la Concurrence* sobre las que basó sus razonamientos (Decision del *Conseil de la Concurrence* de 18 febrero 20, nº 2000-MC-01; Decision del *Conseil de la Concurrence* de 13 mayo 2004, nº 04-D-18), en las que se reflejaba el estado de los mercados de telecomunicaciones en Francia y el lugar que France Télécom (luego convertida en Orange) ocupaba en él.

Finalmente, puede sorprender la enorme diferencia existente entre la indemnización solicitada por Cowes (117,4 millones de euros) y la que la *Cour* le concedió (7 millones de euros). Pero se explica sencillamente por el método de cálculo que empleó la *Cour d'appel* de París. Ésta consideró que las pérdidas de Cowes, en realidad, eran reconducibles al salario de treinta empleados (250.000 euros por mes) que la actora había contratado para una actividad empresarial desventurada. Se trata, pues, de una visión miope del caso, incapaz de apreciar la magnitud real de las significativas inversiones requeridas para poner en pie empresas de este sector económico (Sentencia *Cour d'appel* de París, ch. 5-11, 2 octubre 2015, nº 14/15779, *SAS Cowes* [antes, Subiteo] c/ *SA Orange* [antes, France Télécom])³⁷. Interpuesto recurso de casación contra la anterior sentencia, fue rechazado (sentencia *Cour de cassation, Chambre commerciale*, 26 abril 2017, 15-28.197, ECLI:FR:CCASS:2017:CO00611)³⁸.

³⁷ Comentada por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, nº 4, 2016, pp. 230-250 (pp. 231-232).

³⁸ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017 – juillet 2017)”, *Concurrences*, nº 4, 2017, pp. 212-223 (pp. 221-222).

3. Los daños por actos anticompetitivos: sistema de sanciones privadas

11. Los *actos restrictivos de la competencia* imputables a las empresas son susceptibles de causar daños a otras empresas y, en general, a los consumidores³⁹. Esto es tan habitual que existe, incluso, una *presunción legal* de daños (*die Schadensvermutung*): “Se presumirá que las infracciones calificadas como cártel causan daños y perjuicios, salvo prueba en contrario” (art. 76.3 LDC [según el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 mayo])⁴⁰. La *carga de la prueba* recae, por tanto, sobre quien alegue que un

³⁹ *Vid., ad ex.*, B. AMORY/G. VAN DE WALLE/N.A. SMUHA, “The object-effect dichotomy and the requirement of harm to competition: on the road to clarity after cartes bancaires?”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 65-85; C. BELLAMY, “‘Restriction of competition’: a historical perspective”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 31-37; A. CHOWDHURY, “The notion of restriction of competition: economic prospects”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 375-381; M. COUSIN, “La concurrence potentielle: réflexions sur le traitement juridique d’une variable économique”, *Concurrences*, n° 1, 2007, pp. 38-47; C. ESTEVA MOSSO, “The contribution of merger control to the definition of harm to competition”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 311-321; L. GYSELEN, “What makes an agreement anti-competitive: lessons from the past”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 111-135; K. HABERKAMM, *Intrabrand-Wettbewerb und Missbrauchsaufsicht: Abgrenzung von Märkten und Bestimmung von Marktstärke im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Hamburg, Kovac, 2003; P. IBÁÑEZ COLOMO/A. LAMADRID DE PABLO, “On the notion of restriction of competition: what we know and what we don’t know we know”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 333-373; M.M. KAROLLUS, “Schadenersatz wegen EG-Kartellverstößes auch für Verbraucher”, *Ecolex*, 2006, pp. 797-799; J. KESSLER, “Private Enforcement - Zur deliktsrechtlichen Aktualisierung des deutschen und europäischen Kartellrechts im Lichte des Verbraucherschutzes”, *WRP*, 2006, pp. 1061-1070; W.J. KOLASKY, “What is competition? A comparison of the U.S. and European perspectives”, *Antitrust Bull.*, 49, 1-2, Spring-Summer 2004, pp. 29-54; I. MAHER, “The challenge of European competition network convergence in the definition of harm to competition”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 87-108; R. O’DONOGHUE, “What makes a unilateral conduct abusive: the legal perspective”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 169-238; R. SCHMIDT, “Wettbewerbsverfälschung als Handlungsmaxime”, en *Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2014, pp. 645-652; D. RITZMANN, “Lundbeck and the economics of potential competition”, *Concurrences*, n° 2, 2017, pp. 47-50; A.C. SCHREY, *Dritt Wettbewerb im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Berlin, Logos, 2005; B. SMULDERS, “The bifurcated approach and its practical impact on the establishment of harm to competition”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 51-63; J. TEMPLE LANG, “Restriction of competition and exclusionary abuse under Article 102: the solution”, en D. GÉRARD/M. MEROLA/B. MEYRING (EDS.), *The notion of restriction of competition: revisiting the foundations of antitrust enforcement in Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 239-254.

⁴⁰ Esta presunción *iuris tantum* de nuestro ordenamiento jurídico es la transposición legal del art. 17.2 de la Directiva de daños antitrust. Sobre ella y, en general, sobre el problemático cálculo de la cuantía de los daños anticompetitivos, *vid., ad ex.*, E. AL MUREDEN/M. DE PAMPHILIS, “Valutazione dei danni”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 125-155, en especial pp. 150-152 (por M. DE PAMPHILIS); A. DOOSE, “Methods for calculating cartel damages: a survey”, *ZWeR*, 2014, pp. 282-299; A. FRITZSCHE, “Die Schadensvermutung: Auslegungsfragen zum Kartellzivilrecht nach der 9. GWB-Novelle”, *NZKart*, 5, 11, 2017, pp. 581-584; J. HAUCAP/T. STÜHMEIER, “Wie hoch sind durch Kartelle verursachte Schäden: Antworten aus Sicht der Wirtschaftstheorie”, *WuW*, 2008, pp. 413-424; M. HAUSER/A. FRANTZMANN, “Höhe des Schadens”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, pp. 297-342 (pp. 311-313); M.C. IACOVIDES, “The presumption and quantification of harm in the Directive and the practical guide”, en M. BERGSTRÖM/M.C. IACOVIDES/M. STRAND (EDS.), *Harmonising EU competition litigation: the new Directive and beyond*, Oxford, Hart, 2016, pp. 295-313; T. ROUHETTE, “Determining liability: critical observations on the proposed presumption of harm: a diabolical presumption of platonic harm”, en J. DERENNE/E. MORGAN DE RIVERY/N. PETIT (ED.), *Antitrust damages in EU law and policy*, Brussels, 2015, pp. 141-146; y, en la jurisprudencia, sentencia BGH 12 julio 2016, KZR 25/14, *NJW*, 2016, p. 3527 (p. 3532) – Lottoblock II. Cuestión distinta, aunque relacionada con la anterior, es la de si la legislación debiera precisar, además, en la presunción la cuantía en términos porcentuales del sobre precio. El tema es polémico. *Vid., ad ex.*, sentencia OLG Karlsruhe 31 julio 2013, 6 U 51/12, juris – Feuerwehrfahrzeuge, § 72, sentencia LG Düsseldorf 19 noviembre 2015, 14d O 4/14 juris – Autoglas-Kartell, § 206, y R. ELLGER, “Kartellschaden und Verletzergewinn”, en *Recht, Ordnung und Wettbewerb: Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel*, Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 191-225 (pp. 214-215); R. GALLE, “Der Anscheinsbeweis in Schadensersatzfolgeklagen: Stand und Perspektiven”, *NZKart*, 4, 5, 2016, pp. 214-220 (p. 214); M. HAUSER/A. FRANTZMANN, “Höhe des Schadens”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 313; R. INDERST/S. THOMAS, *Schadenersatz bei Kartellverstößen: eine*

acuerdo colusorio no ha producido daños⁴¹. Éstos suelen traducirse en una pérdida de ingresos o en un incremento de los precios (*Overprice, Overcharge, Preisaufschlag*)⁴². En efecto, estudios de Economía Industrial muestran dos hechos (A. WOLF): Primero: Los miembros de un cártel obtienen, de promedio, unas ganancias entre el 15 y el 20%, aunque puedan llegar hasta un 40% en ocasiones. En este sentido, cabe recordar que el § 88/C de la Ley húngara de cárteles de 1 junio 2009 estableció una presunción *iuris tantum* de un sobreprecio del 10%⁴³. Segundo: Los cárteles internacionales suelen conseguir, de promedio, unos beneficios (30-33%) superiores a los que logran los cárteles meramente nacionales (17-19%)⁴⁴. Con márgenes de beneficios tan elevados, un dilema inquietante se exterioriza a la sociedad: O se lucha contra los actos antitrust tanto con un *sistema de sanciones públicas* como con otro *sistema de sanciones privadas* (el resarcimiento de los daños antitrust) o el incumplimiento de la Ley resulta rentable para los cartelistas⁴⁵.

12. La Directiva 2014/104/UE refleja tres ideas fundamentales: (a) La *restitutio in integrum* o “derecho al pleno resarcimiento”: “*El pleno resarcimiento deberá devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia [...]*” (art. 3.2 de la Directiva 2014/104/UE). (b) El derecho al pleno resarcimiento comprende tanto la indemnización por el daño emergente (*damnum emergens*) y el lucro cesante (*lucrum cessans*)⁴⁶ como el pago de intereses (Considerando [12] y art. 3.2 de la Directiva 2014/104/UE)⁴⁷. (c) El principal daño que padece la víctima de un cártel o del abuso de una empresa con posición dominante suele ser el “sobrecoste”; es decir, “[...] *la diferencia entre el precio realmente pagado y el precio que habría prevalecido de no haberse cometido una infracción del Derecho de la competencia*” (art. 2.20] de la Directiva 2014/104/UE). Obsérvese el *carácter contrafactual* de la noción de “sobre-

Untersuchung der juristischen und ökonomischen Grundlagen, Methoden und damit verbundenen Rechtsfragen betreffend die Ermittlung des Schadens bei Verstößen gegen das Kartellverbot, Düsseldorf, Handelsblatt Fachmedien, 2015, pp. 103 y 216-217; J.O. RAUH/A. ZUCHANDKE/S. REDDEMANN, “Die Ermittlung der Schadenshöhe im Kartelldeliktsrecht”, *WRP*, 2012, pp. 173-183 (p. 183).

⁴¹ A. FRITZSCHE, “Die Schadensvermutung: Auslegungsfragen zum Kartellzivilrecht nach der 9. GWB-Novelle”, *NZKart*, 5, 11, 2017, pp. 581-584.

⁴² *Vid.*, *ad ex.*, R. RAMOS MELERO, “Cuantificación de daños de los cárteles duros. Una visión económica”, en J.M. BENEYTO PÉREZ/J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS (DIR.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 695-759.

⁴³ *Vid.* C.I. NAGY, “Schadensersatzklagen im Falle kartellrechtlicher Rechtsverletzungen in Ungarn”, *WuW*, 60, 9, 2010, pp. 902-911 (p. 902).

⁴⁴ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 43.

⁴⁵ F. BÖNI/A. WASSMER, “Die Höhe des erwirtschafteten Gewinns als Parameter bei der Festlegung von Kartellgeldbußen”, *EWS*, 28, 5, 2017, pp. 241-245.

⁴⁶ La STJCE 27 enero 2000, C-104/89, *Mulder y otros/Consejo y Comisión*, ECLI:EU:C:2000:38, § 79, dejó claro que: “[...] *el lucro cesante no es el fruto de un simple cálculo matemático, sino el resultado de una operación de valoración y de análisis de datos económicos complejos. El Tribunal de Justicia debe en efecto valorar unas actividades económicas de naturaleza en gran parte hipotética. Dispone por tanto, al igual que el Juez nacional, de un margen de apreciación considerable, tanto en lo que respecta a las cifras y datos estadísticos que hay que tomar en consideración, como, sobre todo, en lo relativo a su utilización para el cálculo y valoración del perjuicio*”.

⁴⁷ La STJUE 2 agosto 1993, C-271/91, *Marshall/Southampton and South West Hampshire Area Health Authority*, ECLI:EU:C:1993:335, § 31, defendió ya el pago de intereses: “[...] *la reparación íntegra del perjuicio sufrido por un despido discriminatorio no puede prescindir de elementos, como el transcurso del tiempo, que, de hecho, pueden reducir su valor. La imposición del pago de intereses, según las normas nacionales aplicables, debe pues considerarse como un elemento indispensable de la indemnización que permite el restablecimiento de una igualdad de trato efectiva*”. *Vid.* los comentarios de N. COLNERIC, “Voller Schadensersatz bei geschlechtsbedingter Diskriminierung”, *ZEuP*, 1995, pp. 650-654; D. CURTIN, *C.M.L.Rev.*, 1994, pp. 631-652; B. FITZPATRICK/E. SZYSZCZAK, “Remedies and Effective Judicial Protection in Community Law”, *Mod. L. Rev.*, 1994, pp. 434-441; S. MOORE, “Compensation for Discrimination?”, *Eur.L.Rev.*, 1993, pp. 533-541; G. STANSFIELD, *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1994, pp. 437-440; T. TRIDIMAS, “Horizontal effect of directives: a missed opportunity?”, *Eur.L.Rev.*, 1994, pp. 621-636; F. WOOLDRIDGE/R. D’SA, “Damages for Breaches of Community Directives: The Decision in Marshall (No. 2)”, *Eur.Bus.L.Rev.*, 1993, pp. 255-258; G.L. ZICCOLELLA, “Marshall II: Enhancing the Remedy Available to Individuals for Gender Discrimination in the EC”, *Fordham Int.L.J.*, 1994, pp. 641-683. Sobre el cálculo de intereses, *vid.*, *ad ex.*, R. RAMOS MELERO, “Cuantificación de daños de los cárteles duros. Una visión económica”, en J.M. BENEYTO PÉREZ/J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS (DIR.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 695-759 (pp. 725-727); V. ROBERTSON, “Der Zinsanspruch beim kartellrechtlichen Schadensersatz”, *ÖBl*, 2016, pp. 156-163.

coste”: No es la diferencia entre el precio realmente pagado por el comprador y el precio que hubiera pagado si ese mismo mercado fuera un mercado plenamente competitivo (*competencia pura o perfecta*), sino la diferencia entre el “precio real” en el mercado en que tuvo lugar la transacción y el “precio hipotético” que se hubiera pagado, *si no hubieran existido las trabas e imposiciones del acto anticompetitivo* (cártel o abuso de posición dominante).

13. ➤ Caso 1. Daños civiles e infracción de normas antitrust: cártel de los camiones (2017). El Ayuntamiento de Göttingen (Alemania) compró al demandado (MAN Truck & Bus Deutschland GmbH) camiones para sus empresas públicas de recogida de basura y bomberos entre 2001 y 2011. El precio pagado era muy elevado puesto que lo habían fijado varios fabricantes europeos, que constituían el denominado *cártel de los camiones (trucks cartel, LKW-Kartell)*. En efecto, en el año 2016, la Comisión Europea había multado con cerca de 2.926 millones de euros a varios fabricantes de camiones, en un procedimiento administrativo sancionador en el que se consideró que cinco de ellos (MAN, Daimler, Volvo/Renault, IVECO y DAF) habían participado en el *cártel de los camiones (trucks cartel, LKW-Kartell)* (Dec.Com. 19 julio 2016, Asunto AT.39824 — *Camiones*)⁴⁸. En 2017, la Comisión sancionó a Scania, el fabricante sueco de camiones que, a diferencia de los otros cinco fabricantes de camiones, no llegó a un acuerdo con la Comisión reconociendo su responsabilidad, con una multa aproximada de 880 millones de euros (Dec.Com. 27 septiembre 2017, AT.39924, *Camiones*)⁴⁹. Solución → La sentencia LG Hannover 18 diciembre 2017 estimó la existencia de un sobreprecio aplicado a ventas que ocurrieron entre mayo 2004 y septiembre 2010 y condenó al mencionado cártel⁵⁰. El LG circunscribió los actos anticompetitivos a las ventas realizadas por el demandado en el período de tiempo en el que participó en el cártel, según la decisión de condena adoptada por la Comisión europea; por tanto, no estimó que debiera tomar en consideración las ventas realizadas por MAN al Ayuntamiento de Göttingen con anterioridad a ese período de tiempo. Para dejar establecido el *nexo de causalidad*, el LG Hannover acudió a *dos presunciones*. *Primera*: Cabía presumir que el *cártel de los camiones* había tenido el efecto de incrementar los precios. Frente a la postura del demandado, según la cual el cártel de los camiones tenía por objeto fijar los precios mayoristas y no suponía un incremento de los precios minoristas, el LG sostuvo con claridad que no sólo los cárteles que fijan cuotas, sino también los cárteles que fijan los precios mayoristas incrementan los precios de los minoristas; puesto que las tarifas fijadas para los mayoristas sirven de base para negociar los precios minoristas. *Segunda*: Cabía presumir también que, en concreto, las compras realizadas por el demandante habían sido afectadas por el cártel; mientras que, por el contrario, no cabía extender esta presunción a los bienes o servicios suministrados por terceros, empresas ajenas al cártel.

Existían *modificaciones convencionales de la responsabilidad extracontractual (liquidated damage clauses, pauschalierte Schadensersatzklauseln)*⁵¹. Adoptaban la forma de cláusulas insertas en los contratos concluidos por la ciudad de Göttingen con el demandado (MAN Truck & Bus Deutschland GmbH), en las que se disponía que el vendedor debería pagar una cantidad global del 5% (para pedidos en 2001 y 2002) o 15% (para los pedidos posteriores), en caso de que se produjese una infracción del

⁴⁸ Vid. Resumen de la Dec.Com. 19 julio 2016, Asunto AT.39824 — *Camiones*, DO C 108 de 6 abril 2017.

⁴⁹ European Commission - Press release: “Antitrust: Commission fines Scania €880 million for participating in trucks cartel”, Brussels, 27 September 2017, IP/17/3502.

⁵⁰ ECLI:DE:LGHANNO:2017:1218.1808. Vid., *ad ex.*, I. FAES, “La Justicia ve un sobreprecio debido al cártel de camiones”, *elEconomista.es*, 6 marzo 2018; A. PETRASINCU/B. RIGOD, “Erstes Urteil in Sachen Lkw-Kartell – Landgericht Hannover gibt Schadensersatzklage von Kommune weitgehend statt –”, *WuW*, 02.03.2018, Heft 03, pp. 126-129; J. SUDEROW, “Aplicación privada del Derecho de la competencia, Comentario a la primera sentencia relativa a una acción *follow on* contra el cártel de los camiones. Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 diciembre de 2017, 18 O 8/17, LKW Kartell”, *RCD*, nº 22, enero-junio 2018, pp. 1/10.

⁵¹ Sobre esta cuestión, *vid.*, *ad ex.*, L. HORNSKOHLE, “Pauschalierte Schadensersatzklauseln zur Überwindung von Beweisnöten: die Kartellschadensersatzrichtlinie und Probleme ihrer Umsetzung”, *GPR*, 15, 1, 2018, pp. 44-50; K.M. LÖWENKAMP/M. NUYS, “Zu Grund und Grenzen pauschalierter Kartellschadensersatzklauseln”, *NZKart*, 5, 2, 2017, pp. 61-68; G. PONZANELLI, *Le clàusole di esonero dalla responsabilità civile: Studio di diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 1984; M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 3ª ed., Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2017, pp. 660-661. Para la distinción entre las *liquidated damage clauses* y las denominadas *cláusulas penales*, *vid.*, *ad ex.*, J. SUDEROW, “Aplicación privada del Derecho de la competencia, Comentario a la primera sentencia relativa a una acción *follow on* contra el cártel de los camiones. Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 diciembre de 2017, 18 O 8/17, LKW Kartell”, *RCD*, nº 22, enero-junio 2018, pp. 1/10 (pp. 5-6/10).

Derecho antitrust que afectase a la oferta y de que, además, no se hubiese probado que la cuantía de la indemnización debiera ser otra. *Ejemplo*: “Cuando el contratista con ocasión de la adjudicación haya celebrado y se acredite un acuerdo que suponga una limitación ilegal de la libre competencia, deberá abonar al Contratante un importe equivalente al 5% de la suma facturada a no ser que se acredite un daño por un importe diferente”⁵². El LG Hannover consideró que estas cláusulas contractuales eran válidas, interpretación que algunos tribunales alemanes habían sostenido con anterioridad a este caso. El LG consideró que una indemnización global del 15% era adecuada; puesto que, como mostraba un conocido estudio elaborado por expertos, era habitual, en circunstancias normales, que el sobreprecio medio de un cártel fuese un 18% (el estudio de Oxera, *Quantifying antitrust damages*, Diciembre 2009)⁵³.

Quedó sin precisar la cuantía exacta de la indemnización, que sería objeto de otro procedimiento. Como ha puesto de relieve J. SUDEROW, conviene observar lo siguiente: En primer lugar, se trata de un tipo de procedimiento judicial del Derecho procesal alemán contemplado en el § 304 ZPO, que permite que se dicte una sentencia de carácter declarativo, la *Grundurteil* o sentencia intermedia, que resuelve una cuestión concreta, para la que dispone de suficientes pruebas y que puede ser analizada separadamente, sin que concrete la cuantía que finalmente deberá ser pagada⁵⁴. En segundo lugar, el § 304 (*Zwischenurteil über den Grund*) ZPO recuerda, *servata distantia*, a las sentencias con reserva de liquidación de nuestro art. 219 LEC⁵⁵.

14. ➤ Caso 2. Daños civiles e infracción de normas antitrust: cártel de las vías (2018). La ciudad de Munich (Alemania) presentó una demanda de indemnización de daños contra siete empresas de Alemania y Austria que concluyeron acuerdos restrictivos de la competencia entre 2001 y 2011 y que operaban en el sector de los raíles, traviesas y agujas ferroviarias (el denominado *cártel de las vías* [*Schienerkartell*]). Solución → La sentencia OLG München 8 marzo 2018 (Az. U 3497/16 Kart) confirmó en su mayor parte la decisión recurrida (sentencia LG München I [37 O 24526/14]) y proclamó la obligación de indemnizar daños⁵⁶.

15. ➤ Caso 3. Reparación del lucro cesante y cálculo de los intereses mediante la tasa de capitalización media del sector: SNCF c/ Pellegrini [Switch](2014). En 2009, el *Conseil de la Concurrence* francés sancionó a dos de las mayores empresas del sector turístico, SNCF y Expedia, por haber creado una filial común para que ofreciera servicios como agencia de viajes (decisión de la *Autorité de la Concurrence*, 5 febrero 2009, n° 09-D-06). Según la Autoridad Nacional de la Competencia francesa, SNCF y Expedia habían concluido una entente “*ayant pour objet et pour effet de favoriser leur filiale commune sur le marché des services d’agence de voyage prestés pour les voyages de loisirs au détriment de ses concurrents*”. Cuatro de éstos (Karavel, Promovacances.com, Lastminute y Switch) habían promovido precisamente el procedimiento administrativo sancionador. Tras algunos acontecimientos procedimentales y procesales, Maître Pellegrini, liquidador judicial de Switch, pretendió que se le indemnizase el lucro cesante (*gain manqué*) por valor de 8, 59 millones de euros. Solución → La *Cour d’Appel* de París le concedió finalmente 8,6 millones de euros + 60.000 euros en virtud del art. 700 del *Code de procédure civile* (pago de costas). Para llegar a esta conclusión, el Tribunal de Apelación tuvo que resolver dos cuestiones. *Primera*: En qué consistía, en el caso concreto, el *lucro cesante*. Según el Tribunal de apela-

⁵² Traducción de J. SUDEROW, “Aplicación privada del Derecho de la competencia, Comentario a la primera sentencia relativa a una acción *follow on* contra el cártel de los camiones. Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 diciembre de 2017, 18 O 8/17, LKW Kartell”, *RCD*, n° 22, enero-junio 2018, pp. 1/10 (p. 6/10).

⁵³ Oxera Consulting, *Quantifying antitrust damages – Towards non binding guidance for courts*, Study prepared for the European Commission, December 2009, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantific_studystudy.pdf.

⁵⁴ J. SUDEROW, “Aplicación privada del Derecho de la competencia, Comentario a la primera sentencia relativa a una acción *follow on* contra el cártel de los camiones. Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 diciembre de 2017, 18 O 8/17, LKW Kartell”, *RCD*, n° 22, enero-junio 2018, pp. 1/10 (p. 2/10).

⁵⁵ J. SUDEROW, “Aplicación privada del Derecho de la competencia, Comentario a la primera sentencia relativa a una acción *follow on* contra el cártel de los camiones. Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 diciembre de 2017, 18 O 8/17, LKW Kartell”, *RCD*, n° 22, enero-junio 2018, pp. 1/10 (p. 9/10, [nota 15]).

⁵⁶ Oberlandesgericht München, Pressemitteilung 35 vom 08.03.2018 (“OLG bejaht Schadensersatzpflicht wegen ‘Schienerkartell’”), en justiz.bayern.de.

ción no era otra cosa que el hecho de que una sociedad competidora (Switch) “*a perdu, de façon certaine, la faculté de proposer ses produits non ferroviaires aux clients ferroviaires de la SNCF*”. Segunda: el criterio de cálculo de los intereses. Éste depende, fundamentalmente, si se entiende que se trata de *intereses moratorios* o *intereses compensatorios*. El perito judicial había sugerido en el transcurso del procedimiento que se pagase el *interés legal del dinero*; pero la *Cour d’Appel* se negó, considerando que éste no tiene más propósito “*qu’à compenser la perte de valeur liée au temps passé sur la base d’une absence de prise de risque*”. Por el contrario, la *Cour d’Appel* se inclinó claramente por los *intereses compensatorios*, cuando afirma que los intereses compensan los “*effets négatifs résultant de l’écoulement du temps depuis la survenance du préjudice causé par l’infraction, à savoir l’érosion monétaire, mais également la perte de chance subie par la partie lésée du fait de l’indisponibilité du capital*”. Por último, el Tribunal de apelación confirmó la sentencia recurrida, estimando que era correcta la utilización de la *tasa de capitalización media* en el sector del turismo. Esto significa, ante todo, que la *Cour d’Appel* considera lícita la aplicación de un índice que concede un mayor nivel de reparación legal del dinero. Además, la *Cour d’Appel* contempla la posibilidad de que el déficit de tesorería empuje a la víctima del acto anticompetitivo a tener que solicitar préstamos que cubran aquél y la necesidad, por tanto, de tener que indemnizarle la pérdida padecida por el *interés del préstamo bancario*. Se trata de una solución que recuerda el WACC (*weighted average cost of capital*). En definitiva, el tribunal francés considera *lato sensu* que el término intereses puede comprender tres supuestos que no son necesariamente excluyentes entre sí: los intereses “por mora” + los intereses “remuneratorios” por “coste de oportunidad” + los intereses “remuneratorios” por “coste de capitalización” (sentencia *Cour d’Appel* de París, ch. 5-4, 14 diciembre 2014, *SNCF/Maitre Pellegrini [liquidateur judiciaire de Switch]*, RG 13/08975)⁵⁷.

4. Restricciones de la competencia y afectación del comercio entre Estados miembros

16. Los hechos limitativos de la competencia mencionados tienen un *origen unilateral o plurilateral*⁵⁸. Se habla, a este respecto, de *abusos de posición dominante* o de *acuerdos colusorios*. En este último caso, es necesario que varias empresas presten su *consentimiento* a una entente⁵⁹. A quienes participan en ella se les conoce, de ordinario, como *cartelistas*; aunque, en rigor, el cártel es una especie de un género mayor, que es el acuerdo colusorio.

17. El Derecho antitrust europeo dispone de dos normas fundamentales -el art. 101 y el art. 102 TFUE- para ambos tipos de hechos limitativos de la competencia (*ententes y abusos de posición dominante*). Estas dos normas jurídicas europeas y el Derecho de la UE derivado de ellas coexisten con las legislaciones nacionales en defensa de la libre competencia. El Derecho antitrust europeo únicamente es aplicable a las restricciones de la competencia que *afectan o pueden afectar al comercio entre Estados miembros de la UE*⁶⁰.

⁵⁷ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles [mai 2016-décembre 2016]”, *Concurrences*, n° 2, 2017, pp. 217-230 (pp. 218-221).

⁵⁸ *Vid., ad ex.*, B. JEDLICKOVÁ McCABE, “Boundaries between unilateral and multilateral conducts in vertical restraints”, *Eur. Compet.L.Rev.*, 29, 10, 2008, pp. 600-607; A. SCHULZ, “Bayer/Adalat: a unilateral decision? (Commission v. Bayer, judgement of 6 January 2004, joined cases C-2/01P and C-3/01P)”, *ELR*, n° 1, January 2004, pp. 18-21; U. WICKIHALDER, “The distinction between an ‘agreement’ within the meaning of Article 81(1) of the EC Treaty and unilateral conduct”, *ECJ*, 2, 1, 2006, pp. 87-117.

⁵⁹ *Vid., ad ex.*, T. LETTL, “Abstimmung im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV, § 1 GWB”, *WuW*, 67, 9, 2017, pp. 422-427.

⁶⁰ *Vid., ad ex.*, I. ALTZELAI ULIONDO, “Algunas cuestiones del análisis antitrust: delimitación del mercado de referencia y efectos sobre el comercio intracomunitario”, *RCD*, n° 9, 2011, pp. 51-72; D. ARTS/K. BOURGEOIS, “Some reflections on the effect on trade concept contained in Articles 101 and 102 TFEU”, en D. ARTS ET AL. (EDS.), *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Brussel, Larcier, 2014, pp. 331-346; L. BERENGUER-FUSTER, “¿Se debe mantener la exigencia de la afectación al comercio entre los Estados miembros en los arts. 81 y 82 del Tratado?”, en S. MARTÍNEZ LAGE/A. PETITBÓ-JUAN (Dir.), *La modernización del Derecho de la competencia en España y en la Unión Europea*, Madrid, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, 2005, pp. 189-208; M. BOTTA/A. SVETLICINI/M. BERNATT, “The assessment of the effect on trade by the national competition authorities of the ‘new’ Member States: another legal partition of the internal market?”, *C.M.L.Rev.*, 52, 5, 2015, pp. 1247-1275; P. BRIDGELAND, “Court of Firts Instance upholds three Commission decisions relating to beer ties”, *Competition Policy Newsletter*, n° 2, June 2002, pp. 45-47; R. BURNLEY, “Interstate trade revisited: the jurisdictional criterion for Articles 81 and 82 EC”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 23, 5, May 2002, pp. 217-226; M.F. CAMPOS, “The evolution of the ‘effects on trade’ and

18. ➤ *Caso. Reparación del lucro cesante originado por un abuso de posición dominante local o regional: La Montagne et al. c/ Aviscom (2016)*. En el caso de que la práctica supuestamente anticompetitiva no afecte real ni potencialmente al comercio entre los Estados miembros de la UE, el Derecho antitrust europeo no es competente. Esto no significa que se produzca un “vacío jurídico”. Significa por un lado, que el Derecho antitrust de la UE “se repliega” y su lugar lo ocupa el Derecho del Estado miembro en que se produce el acto anticompetitivo: a él le corresponde fijar los requerimientos para que dicho comportamiento se considere anticompetitivo y, en su caso, especificar cuáles son sus consecuencias. No hay duda ni sobre la nacionalidad de los tribunales que nazcan de los eventuales litigios (los del país en el que se realizan los actos anticompetitivos) ni del Derecho que éstos deberán aplicar a las acciones de reparación por daños anticompetitivos (el Derecho interno de los tribunales que conozcan del fondo del asunto). Esto es lo que sucedió en el caso *La Montagne et al. c/ Aviscom*. Los hechos que se encuentran en el origen de este caso son los siguientes: Aviscom era una sociedad que explotaba comercialmente anuncios necrológicos y condolencias *on line*. Su página web era www.avis-de-deces.net. Aviscom gestionaba con las familias de los difuntos que insertasen una indicación en las necrológicas publicadas por la prensa regional (“*condoléances et témoignages sur www.avis-de-deces.net*”) para que los allegados que quisiesen se dirigieran a este servicio y, previo pago, dejaran constancia de sus sentimientos. Como el negocio parecía prometedor, *La Montagne* y otros periódicos del centro de Francia montaron a su vez una sociedad rival, cuya página web respondía a la sugerente denominación www.dansnoscoeurs.fr. No sólo hicieron esto. Además, insertaron una indicación semejante a la anterior en su edición impresa (“*avis et condoléances sur www.dansnoscoeurs.fr*.”) y propusieron a las empresas de pompas fúnebres una difusión del mencionado aviso tanto en la prensa impresa como *on line*. Aviscom demandó a *La Montagne* y demás empresas que explotaban el sitio web rival, acusándolas de cometer varias infracciones del Derecho de la competencia, en particular un abuso de posición dominante por contratos acoplados. Como consecuencia de ello, Aviscom solicitó una indemnización por un importe de 635.000 euros. Solución → La *Cour d’Appel* de París estimó parcialmente la pre-

‘distortion of competition’ requirements under the EU State aid regime”, en S.O. PAIS (ED.), *Competition law challenges in the next decade*, Brussels, Lang, 2016, pp. 197-213; B. CHEYNEL, “Nouvelle approche de la Commission en matière d’aides publiques en faveur d’activités économiques de dimension purement locale: de la relecture du critère d’affectation des échanges entre États membres”, *Revue Lamy de la concurrence*, n° 44, 2015, pp. 56-62; M. COUSIN, “La concurrence potentielle: Réflexions sur le traitement juridique d’une variable économique”, *Concurrences*, 1, 2007, pp. 38-47; S. DEGEN, *Die Zwischenstaatlichkeitsklausel des europäischen und deutschen Kartellrechts*, Frankfurt am Main, Lang, 2004; C. DEKKER, “The ‘effect on trade between the Member States’ criterion: is it the right criterion by which the Commission’s workload can be managed?”, *European State Aid Law Quarterly*, 16, 2, 2017, pp. 154-163; W. FRENZ, “Bezweckung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung bei Gebietsabgrenzungen”, *WuW*, 63, 1, 2013, pp. 41-44; B. HERBERS, *Die Anwendung der §§1, 2 GWB auf Sachverhalte mit fehlender Eignung zur Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedsstaaten der EG*, Köln, Heymann, 2009; W. KIRCHHOFF, “Effect on trade between Member States”, en G. HIRSCH/F. MONTAG/F.J. SÄCKER/P. MARSDEN/R. MURRAY, *Competition Law: European Community Practice and Procedure: Article-by-Article Commentary*, London, Sweet & Maxwell, 2008, pp. 629-649; J. KOCH, “Kartellrechtsentscheidung des EuGH in Fällen ohne zwischenstaatlichen Bezug?”, *WuW*, 56, 7-8, 2006, pp. 710-719; M. LORENZO ALONSO, *Die Neuausrichtung der Zwischenstaatlichkeitsklausel der Art. 81, 82 EG. Folgen der neuesten Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts für die Zwischenstaatlichkeitsklausel – unter besonderer Berücksichtigung des Bankenbereichs*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; F. PERTEK, “Geheime Kartelle auf dem belgischen Biermarkt (Brouwerij Haacht vs. Kommission, T-48/02, EuG vom 6. Dezember 2005)”, *ELR*, n° 12, 2005, pp. 484-487; S. POILLOT-PERUZZETTO, “Affectation du commerce entre États membres”, en G. CANIVET (Dir.), *La modernisation du droit de la concurrence*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2006, pp. 51-83; J.-C. RODA, “L’affectation de l’‘interstate commerce’ en droit antitrust américain”, *Concurrences*, n° 2, 2011, pp. 30-32; A. SINNAEVE, “Does aid for theatres affect trade between Member States?”, *ESTAL*, 7, 1, 2008, pp. 7-11; U. SOLTÉSZ, “Die Zwischenstaatlichkeitsklausel(n) im europäischen Kartell- und Beihilferecht: Parallelen, Gegensätze und Perspektiven”, en I. BRINKER/D.H. SCHEUING/K. STOCKMANN (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 2006, pp. 501-513; U. SOLTÉSZ/T.M. PFLOCK, “Die ‘Wiederentdeckung’ der beihilferechtlichen zwischenstaatlichkeitsklausel: vom Schattendasein ins Scheinwerferlicht?”, *EuZW*, 28, 6, 2017, pp. 207-213; R.M. STRAUB, “Die Erheblichkeit von Wettbewerbsbeeinträchtigungen”, *AJP*, 25, 5, 2016, pp. 559-579; E.M. SZYSZCZAK, “Distortion of competition and effect on trade between EU Member States”, en *State aid law of the European Union*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 151-160; I. TACCANI, “The scope of EU and national competition law: the effect on interstate trade criterion in practice”, en B. CORTESE (ED.), *EU competition law: between public and private enforcement*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law international, 2014, pp. 47-72; J.-P. VIENNOIS, “Clarification du champ d’application du droit communautaire de la concurrence (Brèves observations sur la communication de la Commission européenne relative à la notion d’affectation du commerce figurant aux articles 81 et 82 du Traité)”, *Petites affiches*, vol. 393, n° 190, 22 septembre 2004, pp. 9-12; S. WIMMER-LEONHARDT, “Zur zwischenstaatlichen Bedeutung von Mittelstandskartellen”, *WuW*, 56, 5, 2006, pp. 486-492.

tensión de Aviscom. Reconoció que había habido abuso de posición dominante. Declaró que Aviscom tenía que ser indemnizada. Finalmente, sin embargo, le concedió sólo 20.000 euros, que correspondían a los siguientes conceptos: 5.000 euros por actos de competencia desleal (desorganización) + 5.000 euros por abuso de posición dominante (contratos acoplados) + 10.000 euros en concepto de costas (art. 700 del *Code de procédure civile*). La diferencia entre la indemnización pretendida por Aviscom y la efectivamente obtenida es abismal. La sentencia de la *Cour d'Appel* de París merece algunas puntualizaciones. *Primera*: Existía un daño innegable, que merecía ser indemnizado: la “*perte de chance de conquérir des parts supplémentaires du marché des annonces nécrologiques*” (= *lucro cesante*). *Segunda*: Ese daño había sido causado por un comportamiento abusivo; puesto que su finalidad era expulsar a Aviscom del mercado de anuncios necrológicos *on line* mediante la conclusión de contratos vinculados: “*Considérant que la pratique en cause a eu pour but de favoriser la société Dansnoscoeurs et par là même, son associé le Journal La Montagne et sa régie publicitaire; qu'en effet, cette pratique d'une offre couplée imposée interdit de fait aux sociétés concurrentes de s'installer sur le marché des annonces nécrologiques en ligne puisque leur service proposé sur le site www.avis-de-decès.net fait double emploi avec celui imposé par le journal La Montagne sur le site www.dansnosceurs.fr et que les familles n'ont alors aucun intérêt financier à souscrire à deux services internet qui rempliront le même office [...]*”. *Tercera*: La *Cour d'Appel* de París no consideró la “credibilidad” e “imagen de marca” de Aviscom hubieran resultado perjudicados (= *daños morales*). Aviscom, pese a todo, sí que había conquistado partes del mercado relevante. Sus inversiones no habían sido en vano; ya que sí habían tenido cierta rentabilidad. Además, Aviscom no probó, dado que a ella le correspondía el *onus probandi*, que: “[...] le préjudice matériel qu'elle a subi est constitué par la perte de chance de conquête du marché des annonces nécrologiques, la ruine de l'intégralité de ses investissements et le délai nécessaire à la reconquête du marché, soit deux ans [...]” (sentencia *Cour d'Appel* de París, ch. 5-4, 7 diciembre 2016, *La Montagne et al. c/Aviscom*, RG 14/01036)⁶¹.

5. Las dos cuestiones fundamentales de Derecho internacional privado: *forum* y *ius*

19. Por todo ello, cuando las *víctimas* de conductas anticompetitivas quieren hacer valer su derecho a la reparación de daños surgen *dos cuestiones* de DIPr.: ante qué tribunal deberán litigar y qué legislación estatal aplicará el órgano judicial competente⁶².

20. Para responder a esas *dos cuestiones fundamentales*, hay que aplicar *dos Reglamentos de la UE*: El Reglamento 1215/2012 de 12 diciembre 2012 (“Reglamento Bruselas I-bis”)⁶³ y el Reglamento

⁶¹ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles [mai 2016-décembre 2016]”, *Concurrences*, n° 2, 2017, pp. 217-230 [pp. 225-227]).

⁶² *Vid.*, *ad ex.*, D. ASHTON/C. VOLLRATH, “Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community Competition Law”, *ZWeR*, 2006, pp. 1-27 (p. 7); J. BASEDOW, “Jurisdiction and choice of law in the private enforcement”, en J. BASEDOW (ED.), *Private enforcement of EC competition law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, pp. 229-253; F. BULST, “Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Schadensberechnung im Kartelldeliktsrecht”, *EWS*, 2004, pp. 403-410; C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 171-194; L. IDOT, “La dimension internationale des actions en réparation: choisir sa loi et son juge: quelles possibilités?”, *Concurrences*, n° 3, 2014, pp. 43-53; ID., “The international aspects of private enforcement after the Directive 2014/104/EU: gaps in the EU system and competition between national laws?”, en E.A. RAFFAELLI (ED.), *Antitrust between EU law and national law: XII Conference (Treviso, 2016)*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 119-139; J. LIEDER, “Die Aufrechnung im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht”, *RabelsZ*, 78, 2014, pp. 809-843; M. MARTINEK, *Das internationale Kartellprivatrecht: Ein Beitrag zur kollisionsrechtlichen Sonderanknüpfung im internationalen Wirtschaftsrecht*, Heidelberg, Recht & Wirtschaft, 1987; S. POILLOT-PERUZZETTO, “Conflits de lois et conflits de compétence pour les actions privées fondées sur les atteintes aux règles communautaires de concurrence”, *Revue Lamy de la concurrence*, n° 18, 2009, pp. 104-112; S. POILLOT-PERUZZETTO/D. LAWNIKA, “Relevance of the distinction between the contractual and non-contractual spheres (jurisdiction and applicable law)”, en J. BASEDOW/S. FRANCO/L. IDOT (EDS.), *International antitrust litigation: conflict of laws and coordination*, Oxford, 2012, pp. 131-157; W. WURMNEST, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei grenzüberschreitenden Kartelldelikten”, *EuZW*, 23, 24, 2012, pp. 933-939.

⁶³ Sobre él, *vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

(CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Reglamento Roma II”)⁶⁴. La Directiva de daños antitrust ha creado un *Derecho material armonizado* -no una disciplina jurídica uniforme, en sentido estricto-; pero no se ocupa de estos dos problemas jurídicos. Los autores de dicha Directiva dieron por supuesto que, de la acción civil por daños anticompetitivos, conocerían los tribunales de algún Estado miembro y que éste aplicaría, por tanto, la legislación dictada en desarrollo de dicha Directiva. La Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 noviembre 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea contiene una serie de normas que unifican parcialmente las reglas de procedimiento judicial de los Estados miembros aplicables a las reclamaciones judiciales derivadas de infracciones del Derecho de la competencia. Para precisar de qué Estado miembro podrían ser esos órganos judiciales y cuál de las diversas, aunque armonizadas, legislaciones de los Estados miembros (si la propia o la de otro Estado miembro) se confió en el Derecho Internacional Privado de la UE. Algunas voces doctrinales clamaron en el desierto a favor de la inclusión de normas de DIPr. específicas en el texto de la Directiva de daños antitrust⁶⁵. Finalmente, sin embargo, ésta no contuvo ninguna norma de competencia judicial o de competencia legislativa específica para este tipo de litigios. En el caso de las normas de competencia judicial internacional, la mayoría de la doctrina y, también, el legislador de la UE rechazaron la creación de foros especiales para las acciones de daños por infracción del Derecho antitrust europeo o la modificación de los ya recogidos en el (actual) Reglamento

⁶⁴ Sobre él, *vid.*, *ad ex.*, J. AHERN (Ed.), *The Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations: a new international litigation regime*, Leiden, Nijhoff, 2009; O. BAETZGEN, *Internationales Wettbewerbs und Immaterialgüterrecht im EG-Binnenmarkt. Kollisionsrecht zwischen Marktpaltung (“Rom II”) und Marktintegration (Herkunftslandprinzip)*, Köln, Berlin, München, 2007; D. BEIG Y OTROS, *Rom II-VO: neues Kollisionsrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse*, Wien, Manz, 2008; D.-C. BITTMANN, “Außervertragliche Schuldverhältnisse”, en M. WELLER (HRSG.), *Europäisches Kollisionsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2016, pp. 153-220; C. BRIÈRE, “Réflexions sur les interactions entre la proposition de règlement “Rome II” et les conventions internationales”, *JDI Clunet*, 2005-3, pp. 677-694; C. BRIÈRE, “Le règlement (CE) n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II)”, *JDI Clunet*, 2008, pp. 31-74; G.-P. CALLIÈS (Ed.), *Rome Regulations: Commentary*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado: el Reglamento “Roma II”*. Ed. Comares, Granada, 2008; S. CORNELOUP (Dir.), *Le règlement communautaire “Rome II” sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Paris, LexisNexis Litec, 2008; C. VAN DAM, *European Tort Law*, 2006; O. DEINERT, “Das Herkunftslandprinzip und seine Bedeutung für das internationale Deliktsrecht”, *EWS*, 2006, pp. 445-454; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2008; M. FALLON, “Proposition pour une convention européenne sur la loi applicable aux obligations non contractuelles”, *ERPL*, 1999, pp. 45-68; O. FOTINOPOILOU BASURKO (Dir.), *El Derecho de Huelga en el Derecho Internacional*, Tirant, 2016; P. FRANZINA, “Il Regolamento “Roma II” sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali”, en *La unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, pp. 299-370; C.W. FRÖHLICH, *The Private International Law of non contractual Obligations according to the Rome-II Regulation: A comparative Study of the Choice of Law Rules in Tort under European, English and German Law*, Hamburg, Kováč, 2008; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Roma II”)”, *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 octubre 2007; M. GARDENES SANTIAGO, “La Ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito en el Derecho internacional privado español”, *AEDIPr.*, 2000, pp. 159-183; A.S. DE S. GONÇALVES, *Da responsabilidade extracontratual em direito internacional privado: a mudança de paradigma*, Coimbra, Almedina, 2013; J.Y. GOTANDA, “Damages in Private International Law”, *RCADI*, t. 326, 2007, pp. 73-403; M. KÖCK, *Die einheitliche Auslegung der Rom I-, Rom II- und Brüssel I-Verordnung im europäischen internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014; S. LEIBLE/M. LEHMANN, “Die neue EG-Verordnung über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (“Rom II”)”, *RIW*, 2007, pp. 721-735; L. DE LIMA PINHEIRO, “O Direito de Conflitos das obrigações extracontratuais entre a comunitarização e a globalização – Uma primeira apreciação do Regulamento comunitário Roma II”, en *La unión Europea ante el Derecho de la Globalización* (Dir. A.-L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ), Colex, Madrid, 2008, pp. 9-44; D. LÜCK, *Neuere Entwicklungen des deutschen und europäischen internationalen Deliktsrechts*, Hamburg, Kováč, 2006; A. MALATESTA (Ed.), *The unification of choice of law rules on torts and other non-contractual obligations in Europe*, Padova, Cedam, Padova, 2006; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013; J.C. SEUBA TORREBLANCA, “Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento “Roma II”, *Indret*, 2005; G. WAGNER, “Internationales Deliktsrecht, die Arbeiten an der Rom II-Verordnung und der Europäische Deliktsgerichtstand”, *IPRax* 4/2006, pp. 372-390; ID., “Die neue Rom-II-Verordnung”, *IPrax*, 2008, pp. 1-17; R.J. WEINTRAUB, “Rome II and the Tension between Predictability and Flexibility”, *RDIPP*, 2005, pp. 561-572.

⁶⁵ M. DANOV/F. BECKER, “Governance aspects of cross-border EU competition actions: theoretical and practical challenges”, *Journal of Private International Law*, 10, 3, 2014, pp. 359-401 (p. 375); R. MONICO, “Il private enforcement nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, pp. 1147-1186 (p. 1186).

Bruselas I-bis con base en dos argumentos muy razonables: el carácter *general* del Reglamento Bruselas I-bis para los litigios sobre materia civil y mercantil y el temor a que constituyera un precedente que pusiera en peligro en el futuro, con respecto a otras cuestiones civiles y mercantiles, la *unidad y simplicidad del sistema europeo de competencia judicial internacional*⁶⁶.

21. Por otra parte, hay que señalar que el Reglamento Bruselas I-bis y el Reglamento Roma II son aplicables tanto en las acciones *stand-alone* como a las acciones *follow-on*. En una acción por daños anticompetitivos, el demandante tiene que alegar y probar tres requerimientos (H. HOVENKAMP): 1) que se ha sufrido un daño (*injury*); 2) que el daño fue causado por una infracción del Derecho antitrust (*antitrust violation*); y 3) que el daño se puede calificar como un “daño anticompetitivo” (*antitrust injury*)⁶⁷. Esto último es muy fácil de acreditar en las acciones *follow-on*, que son aquellas que se interponen basándose en una decisión administrativa firme y previa (o decisión judicial firme que la sustituya) en la que se constata la existencia del ilícito concurrencial; mientras que, en las demás acciones de reparación de daños anticompetitivos, las denominadas *stand-alone actions*, la ausencia de una decisión administrativa previa firme tiene que ser suplida por la actividad probatoria del demandante dirigida a acreditar que el hecho generador del daño reúne las características de un hecho ilícito anticompetitivo. *Ejemplo*: La *Cour d’appel* de París adoptó medidas urgentes, sólo después de haber constatado que *La Boule Obut*, empresa líder en la fabricación y comercialización de las bolas de petanca, que tenía posición dominante en este mercado, imponía tarifas superiores a los revendedores que grababan por su cuenta las iniciales de los jugadores en las bolas de petanca que revendían: ante la falta de explicaciones convincentes, la *Cour* consideró que se trataba de un abuso de posición dominante y ordenó su inmediato cese (sentencia *Cour d’Appel* de París, ch. 5-4, 7 diciembre 2016, *SAS Pétanque Longue c/ SAS La Boule Obut*, RG 16/15228)⁶⁸.

Se explica así que los tribunales rechacen demandas para obtener la reparación por el perjuicio causado, *ad ex.*, cuando los jueces de instancia no han motivado suficientemente su decisión, omitiendo constataciones necesarias para la delimitación del *mercado relevante*, condición indispensable para el establecimiento de una posición dominante (sentencia *Cour de cassation commercial* 12 abril 2016, *Résidences secondaires*, nº 14-26815, ECLI:FR:CCASS:2016:CO00374)⁶⁹, cuando la sociedad demandante no ha probado una práctica anticompetitiva -como la *estrategia de predación*, sin la que no puede haber precios predatorios (sentencia *Cour d’appel* de París, ch. 5-4, 13 abril 2016, *SARL Imperial Pub et SARL Gps c/ SA La Poste*, RG 13/24840)⁷⁰-. Por último, no pueden adoptarse *medidas urgentes de carácter provisional* (orden de cese de un pretendido abuso de posición dominante), cuando no se ha justificado ni el aparente *carácter ilícito de la práctica discutida* (la política comercial de Google de no permitir el acceso a su tienda de aplicaciones de las que tienen por objeto facilitar el acceso a juegos de dinero) ni que se vaya a producir un *daño inminente* (*ordonnance de référé Tribunal de commerce* de París, 15º ch., 20 junio 2016, *GIE Pari Mutuel Urbain c/ SARL Google France, Société Google Inc. et al.*, RG 2016035909)⁷¹.

⁶⁶ Sobre esta polémica jurídica, *vid.*, *ad ex.*, M. DANOV, “EU competition law enforcement: is Brussels I suited to dealing with all the challenges?”, *Int.Comp.L.Q.*, 61, 1, 2012, pp. 27-54 (p. 53); B. VILÁ COSTA, “How to apply Articles 5(1) and 5(3) Brussels I Regulation to private enforcement of competition law: a coherent approach”, en J. BASEDOW/S. FRANCO/L. IDOT (EDS.), *International antitrust litigation: conflict of laws and coordination*, Oxford, Hart, 2012, pp. 17-29 (pp. 19-23); J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 9-10.

⁶⁷ H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, 5ª ed., St. Paul, MN, West Academic, 2016, p. 812.

⁶⁸ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles [mai 2016-décembre 2016]”, *Concurrences*, nº 2, 2017, pp. 217-230 [pp. 223-225]).

⁶⁹ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, nº 4, 2016, pp. 237-239.

⁷⁰ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, nº 4, 2016, p. 239.

⁷¹ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, nº 4, 2016, pp. 239-240.

22. Caso. ¿Stand-alone action? *Reparación del perjuicio causado por una entente: Sainsbury's v. MasterCard (2016)*. La empresa Sainsbury's es un gigante de la distribución de alimentos en Reino Unido, donde posee una amplia red de supermercados. Sainsbury's acudió a los tribunales británicos, acusando al grupo MasterCard de ser el responsable de una entente que infringía el Derecho británico y europeo de la competencia. Desde el *punto de vista jurídico*, la idea era, en principio, muy defendible: MasterCard había promovido una trama de acuerdos entre empresas que constituía una entente que tenía *por objeto y por efecto* restringir la competencia en el mercado. Desde el *punto de vista económico*, las flechas de Sainsbury's apuntaban directamente al sistema de comisiones multilaterales de intercambio de MasterCard (en inglés, *multilateral interchange fee [MIF]*). El MIF es, *grosso modo*, un sistema de pagos instituido entre empresas que admiten los pagos mediante tarjeta de crédito y, con él, se designa, en ocasiones, el precio que paga el *banco del profesional (ad ex.,* la entidad bancaria con la que trabaja Sainsbury's) al *banco de emisión* (la entidad bancaria que trabaja con el consumidor) con el fin de compensar a éstos por los mayores gastos que soportan como consecuencia de sus actividades de emisión. El presente litigio se explicaba por un telón de fondo poco propicio a este sistema de pagos y por la propia experiencia de Sainsbury's. En efecto, como *telón de fondo*, había que contar con la mala prensa promovida contra las comisiones (consideradas abusivas) por el uso de tarjetas de crédito puestas en circulación por dos de los grandes: Visa (Dec.Com. 9 agosto 2001, *Visa Internacional*, Asunto COMP/D1/29.373, DO L 293 de 10 noviembre 2001; Dec.Com. 24 julio 2002, *Visa Internacional — Tasa multilateral de intercambio*, Asunto COMP/29.373, DO L 318 de 22 noviembre 2002) y la propia MasterCard (STJUE 11 septiembre 2014, C-382/12 P, *MasterCard y otros/ Comisión*, ECLI:EU:C:2014:2201)⁷². Desde la perspectiva de Sainsbury's, el panorama era desolador: la experiencia mostraba que un efecto anticompertitivo era el encarecimiento de los servicios bancarios a las empresas que recurrían a un sistema de pago mediante tarjeta de crédito. Dado que Sainsbury's era un gran distribuidor, el sobrecoste pagado constituía uno de los capítulos más oscuros de su contabilidad empresarial. Así que, finalmente, decidió acudir a los tribunales ingleses para que ordenaran la indemnización de este daño anticompertitivo. Solución → Dejando a un lado las diversas cuestiones muy interesantes que este caso planteó, hubo una sobre la que conviene decir algo, aunque apenas sean unas palabras: ¿Se trataba de una *stand alone action* o de una *follow-on action* ante tribunal inglés?. El *Competition Appeal Tribunal* (en lo sucesivo, CAT) dictó una sentencia muy extensa (297 páginas, sin contar los anexos) en la que dedicó toda una sección (la sección E) a aclarar cuál de esos dos tipos de acciones judiciales se daba en este caso. La decisión era importante por dos motivos. *Primero*: porque no siempre está claro en la práctica qué tipo de acción judicial se trata. *Segundo*: porque, en caso de que sea una *follow-on action*, las decisiones y sentencia europea antes mencionadas podrían desplegar efectos probatorios de cierto tipo ante el tribunal inglés; mientras que, si se trata de una *stand-alone action*, la *carga de la prueba* de la naturaleza anticompertitiva de la práctica cuestionada recae sobre el demandante (Sainsbury's). Es significativo que éste no pretendiese en ningún momento que se creyera que los actos contemplados en aquellas resoluciones europeas fuesen los mismos que los que ahora se discutían y, sin embargo, los mencionase reiteradamente: la asistencia jurídica de Sainsbury's sabía que recordar el pasado concurrencial del adversario promovía un *background* favorable a su causa. El CAT consideró que el sistema de comisiones multilaterales de intercambio creado por MasterCard era una entente que no tenía “por objeto”, pero sí “por efecto”, restringir la competencia. En consecuencia,

⁷² Comentada por C. CAFFARRA/J. SHINDER, “The ECJ Mastercard ruling: Debate on the judgment and its implications”, *Concurrences*, n° 4, 2014, pp. 57-58; A. CHOFFEL, “Une capacité d’initiative retrouvée. Quel standard de preuve des effets anticoncurrentiels après l’arrêt Groupement CB? Les conclusions de la Cour sont-elles transposables aux abus de position dominante?”, *Concurrences*, n° 4, 2014, p. 60; P. VAN CLEYNENBREUGEL, “Associations of undertakings and their decisions in the wake of MasterCard”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 2015, pp. 283-290; A. GEE, “The ECJ Mastercard ruling: Background and regulatory context”, *Concurrences*, n° 4, 2014, p. 55; L. IDOT, “Commissions multilatérales d’interchange et effets restrictifs”, *Europe*, 2014, Novembre, n° 11, pp. 36-37; R. PIKE, “The ECJ Mastercard ruling: Summary of the judgment”, *Concurrences*, n° 4, 2014, p. 56; C. PRIETO, “Cour de justice, 3e ch., 11 septembre 2014, Mastercard, aff. C-382/12 P, ECLI:EU:C:2014:2201”, en *Jurisprudence de la CJUE 2014*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 519-522; ID., “Catherine: Rigueur dans la motivation de la qualification de restriction de concurrence par l’objet”, *Concurrences*, n° 4, 2014, p. 59;

^F ROSATI, “Quelle place pour l’analyse économique dans la constatation d’une restriction par objet?”, *Concurrences*, n° 4, 2014, p. 62.

condenó a MasterCard a que indemnizara a Sainsbury's con 68.582.245 libras esterlinas (más intereses) por los daños anticompetitivos causados (CAT 1241/5/7/15 (T) *Sainsbury's Supermarkets Ltd v MasterCard Incorporated & Ors*, Case N° 1241/5/7/15(T), 14 Julio 2016)⁷³.

23. En nuestro análisis, no nos ocuparemos de la *tercera cuestión jurídica fundamental* que suscitan las acciones antitrust: el *reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales en esta materia*, visto que la eficacia extraterritorial de las resoluciones judiciales sobre ilícitos concurrenciales carece de ninguna especificidad y está sometida al mismo régimen jurídico que las demás decisiones judiciales.

24. Las cuestiones jurídicas que suscita o rodean a la Directiva de daños anticompetitivos han dado ya origen a abundantes *análisis jurídicos* en Europa. Ciertamente es que, como diría ORTEGA, algunos de ellos muestran un “gigantesco afán de superficialidad”. Muchos de ellos se han rendido a la *cultura del apresuramiento* en vez de hacerlo a la *cultura de la excelencia*. Otros, sin embargo, son *extraordinarios*. Las páginas que siguen acreditan cuánto debemos a sus autores y a la creciente jurisprudencia. Parafraseando a Newton, somos *enanos a hombros de gigantes*.

II. Competencia judicial internacional

1. La jurisdicción y los límites territoriales/temporales del art. 101 TFUE

25. Una *cuestión previa* que, desde el punto de vista procesal, puede plantearse es la de si los tribunales de los Estados miembros de la UE tienen *jurisdicción*⁷⁴. El Derecho internacional público o, en su caso, el Derecho de la UE plantea *límites* a la aptitud legal de los tribunales de los Estados para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (*ad ex.*, las inmunidades de jurisdicción y ejecución de los Estados extranjeros, de las Organizaciones internacionales o de ciertas personas con un *status* jurídico internacional reconocido, como jefes de Estado extranjeros, diplomáticos y, en menor medida cónsules).

26. En el caso de las acciones para el resarcimiento de los daños causados por la infracción de las normas del Derecho antitrust europeo, puede ocurrir que un tribunal diga que carece de jurisdicción o se declare incompetente en virtud de los *límites territoriales* del art. 101 TFUE (*el principio territorialidad objetiva o de la denominada extraterritorialidad del Derecho europeo de la competencia*)⁷⁵, si

⁷³ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles [mai 2016-décembre 2016]”, *Concurrences*, n° 2, 2017, pp. 217-230 [pp. 227-229]).

⁷⁴ Sobre la noción de “jurisdicción”, *vid.*, *per omnia*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 106-107 y 113-118.

⁷⁵ *Vid.*, *ad ex.*, A. ARABADJEV, “Unlimited jurisdiction: what does it mean today?”, en P. CARDONNELL Y OTROS (EDS.), *Constitutionalising the EU judicial system: essays in honour of Pernilla Lindh*, Oxford, Hart, 2012, pp. 383-402; J. BASEDOW, “Souveraineté territoriale et Globalisation des marchés: le domaine d’application des lois contre les restrictions de la concurrence”, *RCADI*, t. 264, 1997, pp. 11-177; *Id.*, “Der Handlungsort im internationalen Kartellrecht: ein juristisches Chamäleon auf dem Weg vom Völkerrecht zum internationalen Zivilprozessrecht”, en *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht in der Marktwirtschaft: 50 Jahre FIW, 1960 bis 2010: Festschrift*, Köln, FIW-Schriftenreihe, Heft 234, 2010, pp. 129-142; C. BAUDENBACHER, “The CFI’s Gencor judgment: some remarks on its global implications”, en C. BAUDENBACHER (Coord.), *Liber Amicorum en l’honneur de Bo Vesterdorf = Liber Amicorum in honour of Bo Vesterdorf*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 543-568; A. BAVASSO, “Industrial policy and extraterritoriality in international antitrust: a lesson from Europe”, *Antitrust Bull.*, 48, 3, Fall 2003, pp. 657-666; R. BECHTOLD/U. SOLTÉSZ, “Brexit: EU-Kartellrecht ohne Großbritannien”, *NZKart*, 4, 7, 2016, pp. 301-303; R.W. BECKLER/M.H. KIRTLAND, “Extraterritorial application of U.S. antitrust law: what is a ‘direct, substantial, and reasonably foreseeable effect’ under the Foreign Trade Antitrust Improvement Act?”, *Texas International Law Journal*, 38, 1, 2003, pp. 11-25; P. BEHRENS, “Der extraterritoriale Schutz des Systems unverfälschten Wettbewerbs nach dem Intel-Urteil des EuG”, en *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 542-548; J.-F. BELLIS, “After forty years: the development of European competition law, views from Fordham: a brief comment on extraterritoriality and merger control”, en *International antitrust law & policy*, 2014, 2015, pp. 545-553; Y. BOTTEMAN/A. PATSA, “The jurisdictional reach of EU anti-cartel rules: un-muddling the limits”, *ECJ*, 8, 2, 2012, pp. 365-382; M. BROTMAN, “U.S. and global antitrust issues from a pharmaceutical in-house counsel perspective”, *Concurrences*, n° 1, 2014, pp. 7-9; H.-J. BUNTE, “Einleitung zum EU-Kartellrecht”, en LANGEN/BUNTE, *Kartellrecht: Kommentar*, Band 2 (*Europäisches Kartellrecht*), 13ª ed., Köln, Luchterhand Verlag, 2018, pp. 1-50 (pp. 27-33); H.L. BUXBAUM, “Territory, territoriality, and the resolution of jurisdictional

se trata de una *follow-on action* contra un cártel que se ejecutó fuera del territorio de la UE o del Espacio Económico Europeo. Veamos dos ejemplos que nos aclararán esto.

conflict”, *Am.J.Comp.L.*, 57, 3, 2009, pp. 631-675; S. CALKINS, “Passion, exaggeration, and importance: comments on Japanese industrial policy and American extraterritorial antitrust”, *Antitrust Bull.*, 48, 3, Fall 2003, pp. 667-688; N. CALVIÑO SANTAMARÍA, “International coordination of merger remedies: the Commission’s perspective”, en C. BAUDENBACHER (Ed.), *Current developments in European and international competition law: 14th St. Gallen International Competition Law Forum ICF 2007*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2008, pp. 113-124; L. CALZOLARI/M.G. BUONANNO, “The relations between the European Union and the Swiss Confederation in the antitrust field: between extraterritoriality and the recent agreement concerning cooperation on the application of their competition laws”, en *The free movement of persons between Switzerland and the European Union*, 2016, pp. 55-118; S.S.H. CHAN, “InnoLux Corp v European Commission: establishment of the effects doctrine in extra-territoriality of EU competition law?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 36, 11, 2015, pp. 463-469; J.J. CURTIN JR./D.S. SAVRIN/B.L. BIGELOW, “Collateral consequences of expanded European antitrust investigative authority for defendants in U.S. proceedings”, en B.E. HAWK (Ed.), *International antitrust law & policy. 2004*, Huntington, N.Y., Fordham Corporate Law Institute, 2005, pp. 533-547; A. DLOUHY, *Extraterritoriale Anwendung des Kartellrechts im europäischen und US-amerikanischen Recht*, Baden-Baden, 2003; W.S. DODGE, “An economic defense of concurrent antitrust jurisdiction”, *Texas International Law Journal*, 38, 1, 2003, pp. 27-40; D. GERADIN/N. PETIT, “La politique industrielle sous les tirs croisés de la mondialisation et du droit communautaire de la concurrence”, en A. MOURRE (Dir.), *Mondialisation politique industrielle et droit communautaire de la concurrence: Travaux du colloque du 11 octobre 2005 réalisé sous l’égide du Comité national français de la Chambre de commerce internationale (ICC)*, Paris, Forum européen de la communication, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 3-38; H. HOVENKAMP, “Antitrust as extraterritorial regulatory policy”, *Antitrust Bull.*, 48, 3, Fall 2003, pp. 629-656; U. IMMENGA, “Das Auswirkungsprinzip des internationalen Wettbewerbsrechts als Gegenstand einer gemeinschaftsrechtlichen Verordnung”, en *Festschrift für Gunther Kühne zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main, Verlag Recht und Wirtschaft, 2009, pp. 725-733; I. INNERHOFER, “Geldbußenberechnung bei EWR-Verkäufen von nicht-kartellierten Endprodukten und extraterritoriale Anwendung von EU-Wettbewerbsrecht: EuGH 9.7.2015, C-231/14P, InnoLux”, *ÖZK*, n° 5, 2015, pp. 173-178; C.A. JONES, “Penumbras of European Union competition law: external governance, extraterritoriality, and the shifting borderlands of the internal market”, en J. DREXL (Ed.), *More common ground for international competition law?: the fourth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law*, Cheltenham, Elgar, 2011, pp. 261-278; M. KLING, “Japanische Unternehmen vor dem EuGH?: die Verantwortlichkeit japanischer Unternehmen für Kartellverstöße nach europäischem Kartellrecht”, en *Japanischer Vorkämpfer für die Rechtsordnung des 21. Jahrhunderts: Festschrift für Koresuke Yamauchi zum 70. Geburtstag*, 2017, pp. 243-271; F. KLUTH, *Das Marktauswirkungsprinzip im Kollisionsrecht des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Jena, 2014; M. KÖNIG, “La politique de la Commission européenne en matière de concentration face à la mondialisation”, en W. ABDELGAWAD (Dir.), *Mondialisation et droit de la concurrence. Les réactions normatives des états face à la mondialisation des pratiques anticoncurrentielles et des opérations de concentration. Actes du colloque des 14 et 15 juin 2007 – Dijon*, Paris, 2008, pp. 491-496; S. KOOS, “Globalisierung, Extraterritorialität und internationalisierte sozial verantwortete Interessenverfolgung im Wettbewerbsrecht”, en *Marktkommunikation zwischen geistigem Eigentum und Verbraucherschutz: Festschrift für Karl-Heinz Fezer zum 70. Geburtstag*, 2016, pp. 263-274; W.E. KOVACIC, “Competition policy in the European Union and the United States: convergence or divergence?”, en *Globaler Wettbewerb und nationale Wettbewerbsordnungen: Referate des XLI. FIW-Symposiums [Forschungsinstitut für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e.V.]*, Köln, 2008, pp. 85-109; R. VAN DER LAAN, “Twins separated by birth: a few striking differences between the competition legislation applicable in the Channel Islands”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 6, 2013, pp. 326-331; D. MAMANE, “Exchanging information: an update on the Swiss/EU competition co-operation agreement”, *Competition Law Insight*, 14, 6, 2015, p. 14; E. MANARIDOU, “The Greek Lignite case: a (questionable) victory of the ‘effects theory’”, *Eur.L.Rev.*, 40, 3, 2015, pp. 424-438 (también en *European Current Law Year Book*, 2015, pp. 117-129); M. MARTYNISZYN, “On extraterritoriality and the Gazprom case”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 36, 7, 2015, pp. 291-294; I. MEYER, *Die extraterritoriale Anwendbarkeit der EG-Fusionskontrollverordnung*, Frankfurt am Main, Lang, 2004; W. MÖSCHEL, “US versus EU antitrust law”, *ZWeR*, 5, 3, 2007, pp. 261-265; F. MUNARI, “Sui limiti internazionali all’applicazione extraterritoriale del diritto europeo della concorrenza”, *Riv.dir.int.*, XCIX, 1, 2016, pp. 32-67; P.-E. PARTSCH/V. WELLENS, “The Delta Airlines and Nortwest Airlines merger: potentially anti-competitive co-operation as a counterfactual to assess a significant impediment to effective competition under the EC merger regulation”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 30, 10, 2009, pp. 491-493; P. DE PASQUALE, *La disciplina della concorrenza oltre i confini comunitari: tra applicazione extraterritoriale e cooperazione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2005; A.J. RILEY, “Nuking misconceptions: Hinkley Point, Chinese SOEs and EU merger law”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 37, 8, 2016, pp. 301-324; O. SANDROCK, “Völkerrechtliche Grenzen staatlicher Gesetzgebung: eine Skizze”, *ZVglR-Wiss.*, 115, 1, 2016, pp. 1-94; J.P. SCHMIDT/I. SIMON, “Das Windhundprinzip in der Fusionskontrolle: zur unterschiedlichen Prüfung paralleler Zusammenschlüsse in der EU und in den USA”, *EuZW*, 24, 6, 2013, pp. 213-218; A.K. SCHNYDER, “Material, Temporal and Geographic Scope of Application of Competition Law”, en G. HIRSCH/F. MONTAG/F.J. SÄCKER/P. MARSDEN/R. MURRAY, *Competition Law: European Community Practice and Procedure: Article-by-Article Commentary*, London, 2008, pp. 172-202; J. SCHWARZE, “Die extraterritoriale Anwendbarkeit des EG-Wettbewerbsrechts: vom Durchführungsprinzip zum Prinzip der qualifizierten Auswirkung”, en *Europarecht: Strukturen, Dimensionen und Wandlungen des Rechts der Europäischen Union. Ausgewählte Beiträge*, Baden-Baden, Nomos, 2012, pp. 1008-1023; S. SERAFINI, “Il diritto europeo della concorrenza e le risposte alla sfida della Globalizzazione. Un caso esemplare: la valutazione delle concentrazioni nel Reg. CE n. 139/2004”, en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 469-519; S. SIMON, “Wirtschaftsvölkerrechtliche Modelle zur Lösung von Jurisdiktionskonflikten auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts”, en *EU-Recht im Spannungsverhältnis zu den Herausforderungen im internationalen Wirtschaftsrecht: Tagungsband des 12. Graduiertentreffens im Internationalen Wirtschaftsrecht in Graz 2011*, Stuttgart, Boorberg, 2012, pp. 123-141; T. SOAMES/P.D. CAMESASCA, “What are the implications, if any, of Google’s concent agreement (under section 5 FTC Act) for cases under inves-

27. *Ejemplo 1: Iiyama Benelux BV v Schott AG [2016] EWHC 1207 (Ch)*⁷⁶. La sentencia de la High Court of Justice de 23 mayo 2016 consideró que el cártel CRT escapaba a la jurisdicción de los tribunales europeos (en concreto, ingleses) y que, por tanto, no debían resolver la demanda de daños interpuesta por supuestas víctimas de dicho cartel: faltaba una conexión suficiente con el territorio del Reino Unido.

Para comprender los hechos que se encuentran en el origen de este caso, hay que tener en cuenta los siguientes datos. *Primero*: En los años 2001 y 2002, la Comisión Europea impuso fuertes multas a fabricantes de componentes de pantallas de televisión y ordenador que infringieron el art. 101 TFUE (resumen de la Dec. Com. 19 octubre 2011, Asunto COMP/39.605 — *Vidrio para tubos catódicos — CRT*, DO C 48 de 18 febrero 2012; resumen de la Dec. Com. 5 diciembre 2012, Asunto COMP/39.437 — *Tubos para pantallas de televisor y de ordenador*, DO C 303 de 19 octubre 2013). *Segundo*: Algunas de las empresas multadas por la Comisión fueron demandadas por empresas del grupo Iiyama, que fabricaba televisores y pantallas de ordenador, con el fin de que se les indemnizase por los sobrecostos que habían generado los cárteles del sector de los tubos catódicos (que ellas evaluaban, con intereses, en cerca de mil millones de euros). *Tercero*: La operación de compra de productos acabados para su ensamblaje en televisores y ordenadores provenientes de los cartelistas la llevaba a cabo, en Asia, la sociedad matriz del grupo Iiyama. Las sociedades demandantes eran *compradores indirectos* de los cartelistas; puesto que, a su vez, compraban tales productos a la sociedad matriz de su grupo y, sólo después, los importaban de Asia a Europa. *Cuarto*: Había una cuestión de fondo que resolver previamente: si las prácticas colusorias objeto de la demanda eran o no las mismas que la Comisión había multado. En su sentencia, el órgano judicial se pregunta si se trata de una acción *follow-on* basada en las conductas colusorias sancionadas por la Comisión Europea o, si, por el contrario, se trata, en realidad, de una acción *stand-alone* que persigue la reparación de daños causados por otros actos competitivos distintos de aquéllos⁷⁷. No sin titubeos, el tribunal llega a la conclusión de que, aunque con falta de claridad y rigor, las sociedades actoras parecen ejercer una pretensión fundada en la existencia de los dos cárteles del sector de los tubos catódicos⁷⁸. *Quinto*: Llegado a este punto, el tribunal analizó minuciosamente la Dec. Com. 5 diciembre 2012, Asunto COMP/39.437 — *Tubos para pantallas de televisor y de ordenador*, DO C 303 de 19 octubre 2013, antes mencionada, y llegó a la conclusión de que la Comisión únicamente había multado en virtud del art. 101 TFUE las *ventas directas* de los bienes objeto del cártel que se habían realizado en territorio europeo y que habían afectado al comercio entre los Estados miembros. *Ergo*, las sociedades actoras no podían acogerse, como pretendían, a las resoluciones administrativas de condena: se trataba de otro hecho, se podía, incluso, cuestionar la aplicabilidad del Derecho europeo en este caso concreto... Se reunían las condiciones para una *tormenta perfecta* judicial.

⁷⁶ "igation by the EU Commission?", *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 6, 2013, pp. 304-308; B.J. SWEENEY, "International governance of competition and the problem of extraterritorial jurisdiction", en J. DUNS/A. DUKE/B.J. SWEENEY (EDS.), *Comparative competition law*, Cheltenham, Elgar, 2015, pp. 345-383; W.A. STOFFEL, "'Extra-Territoriality' of competition law: (in a small State)", en *Human rights, democracy and the rule of law / Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat / Droits de l'homme, démocratie et État de droit: liber amicorum Luzius Wildhaber*, Baden-Baden, Nomos, Zürich, Dike, 2007, pp. 1563-1577; J.-M. THOUVENIN, "Le calvaire et la capitulation de Microsoft, ou, La confirmation de la 'puissance globale' du gendarme européen de la concurrence", *Rev.M.C.*, n° 535, 2010, pp. 76-78; L. TICHÝ, *Die Überwindung des Territorialitätsprinzips im EU-Kartellrecht: Referat im Rahmen der Vortragsreihe "Rechtsfragen der europäischen Integration"*, Bonn, den 25.10.2010, Bonn, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, 2011; ID., "Die Überwindung des Territorialitätsprinzips im EU-Kartellrecht", *RabelsZ*, 78, 1, 2014, pp. 193-228; W.J. TUTTLE, "The return of Timberlane? The fifth circuit signals a return to restrictive notions of extraterritorial antitrust", *Vand.J.Transnat'l L.*, 36, 1, 2003, pp. 319-366; T.C. VINJE/D. PAEMEN, "Transatlantic issues in the European merger review of Oracle/People Soft: harmonious dissonance", en P. MARSDEN (Ed.), *Handbook of research in trans-Atlantic antitrust*, Cheltenham, Elgar, 2006, pp. 16-40; F. WAGNER-VON PAPP, "Competition law and extraterritoriality", en A. EZRACHI (Ed.), *Research Handbook on International Competition Law*, Cheltenham, Elgar, 2012, pp. 21-59; W. WURMNEST/N. LUND, "Die internationale Reichweite der europäischen Wettbewerbsregeln nach dem Intel-Urteil des EuG", *NZKart*, 3, 2, 2015, pp. 73-78; X. YU, *Substitution des Antidumpingrechts durch extraterritoriale Anwendung des EG-Wettbewerbsrechts*, Frankfurt am Main, Lang, 2010; D.J. ZIMMER, *Konkretisierung des Auswirkungsprinzips bei Hard-core-Kartellrechtsverstößen: das internationale Kartellprivatrecht nach "Rom II" und "Empagran"*, Hamburg, Kovač, 2013.

⁷⁶ Disponible en: <http://lexagu1grkmq3k572418odoooym.wpengine.netdna-cdn.com/wp-content/uploads/2016/05/RW-Iiyama-v-Schott-approved-23-May-2016.pdf>. Comentario por R. AMARO, "Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)", *Concurrences*, n° 4, 2016, pp. 230-250 (pp. 235-237).

⁷⁷ *Iiyama Benelux BV v Schott AG [2016] EWHC 1207 (Ch)*, § 4.

⁷⁸ *Iiyama Benelux BV v Schott AG [2016] EWHC 1207 (Ch)*, §§ 42, 44, 93 y 99.

Las razones del ponente, el Juez Mann, a partir del ámbito territorial del art. 101 TFUE, fueron, sintéticamente, las siguientes: 1) El art. 101 TFUE expresamente proclama que tiene como finalidad prohibir los cárteles que tienen, como objeto o efecto, alterar la competencia dentro del Mercado interior europeo⁷⁹. 2) Existen límites territoriales al ámbito espacial de aplicación del art. 101 TFUE⁸⁰. 3) El *leading case* en cuanto al ámbito territorial del art. 101 TFUE es *Pasta de madera I*⁸¹. 4) Los cartelistas no pueden eludir una infracción del art. 101 TFUE simplemente mediante la conclusión del acuerdo fuera de la UE⁸². 5) La cuestión decisiva es si los cartelistas han ejecutado el cártel en la UE, en cuyo caso hay una infracción del art. 101 TFUE, con independencia de donde haya sido concluido⁸³. 6) Las ventas directas son una manera de ejecutar un cártel en la UE, al margen de dónde haya sido concluido⁸⁴. 7) Las ventas por los cartelistas fuera de la UE no son una manera de ejecución del cártel dentro de la UE⁸⁵. 8) Aunque las ventas fuera de la UE tengan un *efecto indirecto* dentro de la UE, tales ventas no constituyen una ejecución del cártel dentro de la UE⁸⁶. 9) En el caso *Gencor*, que trataba de una concentración de empresas, se exigió, para delimitar el ámbito de aplicación de la normativa europea sobre este tipo de operaciones, que el *efecto* en el interior del Mercado común fuera *previsible, inmediato y sustancial*⁸⁷.

Pues bien, aunque los demandantes sostuvieron que la existencia del cártel había supuesto un incremento de precios que, finalmente, les había alcanzado a ellos (*compradores indirectos*), el Juez Mann desestimó sus pretensiones, dado que el cártel de que se trataba se había ejecutado fuera de la UE, las ventas con incremento del precio se habían realizado fuera de la UE, tales ventas no podían considerarse una implementación del cártel en la UE y, por consiguiente, no constituían una infracción del art. 101

⁷⁹ *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), § 3.

⁸⁰ *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), § 110. Sobre el caso *Pasta de madera I*, vid. STJCE 27 septiembre 1988, C-89/85, *Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión*, ECLI:EU:C:1988:447, comentada, *ad ex.*, por B. BECK, "Extraterritoriale Anwendung des EG-Kartellrechts. Rechtsvergleichende Anmerkungen zum 'Zellstoff'-Urteil des europäischen Gerichtshofs", *RfW*, 1990, pp. 91-95; T. CHRISTOFOROU, "European Economic Community Law: The Territorial Scope of Application of EEC Antitrust Law", *Harv.Int.L.J.*, 1989, pp. 195-206; J.E. FERRY, "Towards Completing the Charm: The Woodpulp Judgment", *Eur.Int.Prop.Rev.*, 1989, pp. 19-25; J. KAFFANKE, "Nationales Wirtschaftsrecht und internationaler Sachverhalt", *ArchVR*, 1989, pp. 129-155; D.G.F. LANGE/J.B. SANDAGE, "The Wood Pulp Decision and its Implications for the Scope of EC Competition Law", *C.M.L.Rev.*, 1989, pp. 137-165; V. LOWE, "International Law and the Effects Doctrine in the European Court of Justice", *The Cambridge Law Journal*, 1989, pp. 9-11; F.A. MANN, "The Public International Law of Restrictive Practices in the European Court of Justice", *Int.Comp.L.Q.*, 1989, pp. 375-377; M. MARTINEK, "Das uneingestandene Auswirkungsprinzip des EuGH zur extraterritorialen Anwendbarkeit der EG-Wettbewerbsregeln", *IPRax*, 1989, pp. 347-354; M. SCHÖDERMEIER, "Die vermiedene Auswirkung. Anmerkung zum Papierstoff-Urteil des EuGH", *WuW*, 1989, pp. 21-28; W. SCHUHMACHER, "Anwendbarkeit des EWG-Kartellrechts auf abgestimmte Verhaltensweisen von in Drittländern niedergelassenen Unternehmen", *wbl*, 1988, pp. 429-431.

⁸¹ *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), §§ 114 y 118.

⁸² *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), §§ 115.

⁸³ *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), § 116.

⁸⁴ *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), § 119.

⁸⁵ *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), § 140.

⁸⁶ *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), § 140.

⁸⁷ *Iiyama Benelux BV v Schott AG* [2016] EWHC 1207 (Ch), §§ 122, 127, 130, 143 y 148. Sobre el caso *Gencor*, vid. STPI 25 marzo 1999, T-102/96, *Gencor/Comisión*, ECLI:EU:T:1999:65, comentada, *ad ex.*, por A.F. BAVASSO, "Gencor: A Judicial Review of the Commission's Policy and Practice. Many Lights and Some Shadows", *World Compet.*, 1999, n° 4, pp. 45-65; T. BERGAU, "EuGH anerkennt Auswirkungsprinzip in der Fusionskontrolle", *European Law Reporter*, 1999, pp. 151-153; S. BRAMMER, "Case Law of the Court of Justice and of the Court of First Instance (January-April 1999). Case T-102/96 *Gencor Ltd. v. Commission of the European Communities*, Judgement of 25 March 1999, ECR II-753", *Rev.aff.eur.*, 2000, pp. 309-314; M.P. BROBERG, "The European Commission's Extraterritorial Powers in Merger Control. The Court of First Instance's Judgment in *Gencor v. Commission*", *Int.Comp.L.Q.*, 2000, pp. 172-182; C. CAFFARRA/K.-U. KÜHN, "Joint Dominance: The CFI Judgment on *Gencor/Lonrho*", *Eur.Compet.L.Rev.*, 1999, pp. 355-359; U. DRAETTA, "La giurisdizione internazionale della Commissione in materia di controllo delle concentrazioni", *Dir. comm. int.*, 1999, pp. 785-799; E.M. FOX, "The Merger Regulation and its Territorial Reach: *Gencor Ltd v. Commission*", *Eur.Compet.L.Rev.*, 1999, pp. 334-336; R. GERRITS, "La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt 'Gencor'", *Rev.M.unique eur.*, 1999, n° 4, pp. 197-199; Y. VAN GERVEN/L. HOET, "Gencor: Some Notes on Transnational Competition Law Issues. European Court of First Instance 25 March 1999, T-102/96, *Gencor Ltd. v. Commission*", *LIEI*, 2001, pp. 195-210; F.E. GONZÁLEZ-DÍAZ, "Recent Developments in EC Merger Control Law: The *Gencor* Judgment", *World Compet.*, 1999, n° 3, pp. 3-28; G. PORTER ELLIOTT, "The *Gencor* judgment: collective dominance, remedies and extraterritoriality under the Merger Regulation", *Eur.L.Rev.*, 1999, pp. 638-652; C. PRIETO, "Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Concurrence", *JDI Clunet*, 2000, pp. 513-517.

TFUE y, finalmente, si se aplicara el mismo test que en el caso Gencor, debería llegarse a la conclusión de que el efecto de tales ventas en la UE no fue un “efecto inmediato”.

28. *Ejemplo 2: Iiyama (UK) Ld) & Ors v Samsung Electronics Co Ltd & Ors [2016] EWHC 1980 (Ch) (29 July 2016)*⁸⁸. Por el contrario, la sentencia de la *High Court of Justice* 29 julio 2016 consideró que, aunque no se habían indicado pruebas suficientes y era probable que no las hubiera, había razones para dejar que siguiera el procedimiento iniciado por una *follow-on action* del grupo Iiyama contra sociedades del grupo Samsung, alegando que el LCD cártel le había causado daños mediante el denominado *efecto paraguas (umbrella effect)*. El razonamiento del Juez Morgan se construyó esencialmente en tres fases:

1ª) Consideró que existía ya un conjunto de *principios jurídicos* consolidados⁸⁹:

- 1) las partes de un cártel son solidariamente responsables de su infracción del art. 101 TFUE; por lo tanto, si hay un cártel entre A, B y C y un comprador compra productos de A, pagando un sobreprecio como resultado del cártel, el comprador tiene derecho a demandar a A y/o B y/o C por el daño causado a él por la infracción de ese precepto;
- 2) una persona que es un comprador indirecto de un infractor puede demandar al infractor (y, de hecho, a otras partes que son solidariamente responsables de la infracción) por la indemnización por daños causados al comprador indirecto por la infracción;
- 3) un comprador de un proveedor que no era miembro del cártel, pero que podía cobrar un precio superior al que de otro modo habría cobrado, como resultado del aumento de los precios cobrados por los miembros del cártel, tiene derecho a ser indemnizado por los miembros del cartel por el daño causado por el precio más alto que ha pagado;
- 4) un comprador que ha pagado un sobreprecio debido a la operatividad de un cártel no está legitimado para recuperar ninguna parte del incremento del precio que haya transferido a sus clientes;

2ª) Admitió que, a falta de que se corroborase mediante pruebas, cabía una posibilidad de que un cártel mundial de pantallas LCD tuviese un efecto previsible sobre las compras de los clientes indirectos⁹⁰: Si el cártel no se hubiera implementado dentro de la UE, los LCD y los productos que incorporan pantallas LCD habrían estado disponibles dentro de la UE a precios que no estarían incrementados por el cártel mundial. Si esa hubiera sido la situación, los compradores de LCD y productos de LCD podrían haber comprado lo mismo dentro de la UE a precios que no serían los del cártel y lo hubieran hecho. En consecuencia, cuando los LCD y los productos LCD se vendieron fuera de la UE a un costo excesivo, los compradores y los compradores indirectos sufrieron pérdidas y daños (sujetos a cualquier defensa de *passing-on*). Esa manera de enfocar el caso era defendible.

3ª) Si el cártel no hubiera tenido ningún efecto en la UE, resultaría difícil de explicar los obstáculos para comprar pantallas LCD con el precio anterior a la existencia del cártel mundial⁹¹: Si los precios en la UE no se habían aumentado debido al cártel, es muy probable que los demandantes hubiesen podido comprar en la UE sin pagar el incremento de precios; por tanto, sufrieron pérdidas y daños al comprar fuera de la UE a un precio superior al precio que habría estado disponible en la UE, si el cártel no se hubiera aplicado en la UE.

El razonamiento del Juez Morgan supuso un paso más allá de la interpretación a la que llegó el Juez Mann. En abstracto, es mucho más favorable; puesto que deja abierta una posibilidad. En concreto, sin embargo, puede que se trate de una *victoria pírrica*; ya que, como veremos, la acreditación del denominado *efecto paraguas (umbrella effect)* ante los tribunales es enorme difícil.

⁸⁸ Disponible en: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Ch/2016/1980.html>.

⁸⁹ [2016] EWHC 1980 (Ch), § 33.

⁹⁰ [2016] EWHC 1980 (Ch), § 49.

⁹¹ [2016] EWHC 1980 (Ch), § 51.

29. En el caso de las acciones para el resarcimiento de los daños causados por la infracción de las normas del Derecho antitrust europeo, puede ocurrir que un tribunal diga que carece de jurisdicción o se declare incompetente en virtud de los *límites temporales* del art. 101 TFUE. Así ocurre, cuando, por razones de política legislativa, un sector económico se beneficia de una exención en virtud del art. 101.3 TFUE y, tiempo después, deja de estar exento y queda sometido, en su plenitud, tanto al art. 101 TFUE como a sus disposiciones procedimentales, en especial el Reglamento 1/2003. Un ejemplo extraído del sector del transporte aéreo nos aclarará esto último.

30. *Ejemplo: Emerald v British Airways (Temporal Scope of Claims) [2017] EWHC 2420 (Ch) (Date: 04/10/2017)*⁹². Varias empresas usuarias de los servicios de transporte aéreo de mercancías reclamaron ante los tribunales británicos la indemnización de los daños y perjuicios que les habían causado British Airways y otras compañías aéreas integrantes de un cártel, que, desde 2001, incrementó los precios de este tipo de servicios tanto en vuelos con destinos dentro de la UE como entre vuelos con destinos entre la UE y Asia, América del Sur y los Estados Unidos⁹³. Ahora bien, British Airways puso de relieve la importancia de conocer bien el *Derecho antitrust europeo en general (ad ex., la eficacia directa o no de ciertos preceptos del Derecho europeo originario)*, el *Derecho antitrust europeo en particular (ad ex., la aplicabilidad y la efectiva aplicación del Derecho europeo de la competencia en el sector del transporte aéreo)*⁹⁴ y, por último, los límites temporales que *el Derecho transitorio* puede

⁹² [2017] EWHC 2420 (Ch). Disponible en http://www.oeclaw.co.uk/images/uploads/judgments/Emerald_Judgment.pdf.

⁹³ *Vid., ad ex.*, S. CAMPBELL/T. FEUNTEUN, "The air cargo cartel: counting the cost of conspiracy", *Competition Law Insight*, 11, 9, 2012, pp. 17-20.

⁹⁴ Sobre el transporte aéreo, *vid., ad ex.*, S. BLAZEK/R. VAN DER HOUT, "The Court's judgments in the Ryanair and Aer Lingus cases: adding another layer of complexity in fiscal State aid: case T-500/12 (Ryanair) and case T-473/12 (Aer Lingus)", *EStAL*, 14, 3, 2015, pp. 340-344; C.M. COLOMBO, "Lufthansa and the coherent application of State aid law: what is the role of national judges in concurrent proceedings?", *Review of European Administrative Law*, 8, 2, 2015, pp. 319-345; V. CORREIA, "Les nouvelles lignes directrices de la Commission européenne sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes", *ZLW*, 63, 3, 2014, pp. 411-441; G. DEASY, "EU competition law developments in the aviation sector: January to July 2014", *Air and Space Law*, XXXIX, 6, 2014, pp. 385-410; *Id.*, "EU competition law developments in the aviation sector: July to December 2014", *Air and Space Law*, 40, 2, 2015, pp. 165-202; *Id.*, "EU competition law developments in the aviation sector: January to June 2015", *Air and space law*, 40, 6, 2015, pp. 429-450; *Id.*, "European Union competition law developments in the aviation sector: January to June 2016", *Air and Space Law*, 41, 6, 2016, pp. 517-544; J. ELLISON, "The airport and airline State aid regime has been revised", *Competition Law Insight*, 13, 4, 2014, pp. 14-15; A. ESTOA PÉREZ, "Ayudas de Estado al sector aéreo y nuevas directrices de la Comisión", *Revista de Derecho comunitario europeo*, 18, 48, 2014, pp. 551-575; I. FERNÁNDEZ TORRES, "Competition in the aviation sector: the problem with public financing of airports and airlines", en S.O. PAIS (ED.), *Competition law challenges in the next decade*, Brussels, Lang, 2016, pp. 229-246; P.P. FITZGERALD, *A level playing field for "open skies": the need for consistent aviation regulation*, The Hague, Eleven International Publishing, 2016; S.J. FOX/R. ISMAIL, "'The skies the limit!': open skies, with limitations!", *European Journal of Comparative Law and Governance*, 4, 1, 2017, pp. 7-42; M. FURSE, "Testing the limits: Ryanair/Aer Lingus and the boundaries of merger control", *ECJ*, 12, 2-3, 2016, pp. 462-483; A. GARBE, "The application of the ECJ's criteria developed in the case Deutsche Lufthansa by national German courts: the Flughafen Lübeck/Air Berlin case", *European State Aid Law Quarterly*, 16, 3, 2017, pp. 449-454; L. GHAZARIAN, "Binding effect of opening decisions: Lufthansa AG v FFH: annotation on the judgment of the Court of Justice of 21 November 2013 in case C-284/12, Lufthansa AG v FFH", *EStAL*, 13, 1, 2014, pp. 108-114; L. GIESBERTS, "State aid to airports and airlines: the new aviation guidelines of the European Commission", *ZLW*, 64, 2, 2015, pp. 256-269; G. GOETEYN, "Regulation and competition in the aviation sector: focus on airline content and global distribution systems", en P. LOWE/M. MARQUIS (EDS.), *European competition law annual 2012: competition, regulation and public policies*, Oxford, 2014, pp. 83-91; A. GUARRATA, *Die Finanzierung von Flughafeninfrastruktur und das europäische Beihilfenrecht im Wandel*, Köln, Heymann, 2016; F.-R. HERBER, "Zur Privatisierung der Flugsicherung und zum Streikrecht der Fluglotsen", *BayVBl*, 148, 4, 2017, pp. 109-116; *Id.*, "Zur Privatisierung der Flugsicherung und zum Streikrecht der Fluglotsen (Fortsetzung und Schluss von BayVBl. 2017, 109 ff.)", *BayVBl*, 148, 5, 2017, pp. 148-153; H.A. HILGERS, "Die zahlenmäßige Beschränkung des Marktzugangs für Bodenabfertigungsdienste", *ZLW*, 65, 3, 2016, pp. 345-363; J. HORNÍK, "Saving national airlines?", *Czech Yearbook of International Law*, 6, 2015, pp. 61-94; R. VAN DER HOUT, "Von Flughäfen, Freizeitbädern und Fußballstadien: europäische Beihilfenkontrolle als Ersatzstrukturpolitik?", *ZEUS*, 18, 4, 2015, pp. 391-405; R. IONESCU ET AL., "Airports. I. Liberalization and regulation", en L. ORTIZ BLANCO/B. VAN HOUTTE (EDS.), *EU regulation and competition law in the transport sector*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 397-419; N. IRÁKULIS ARREGI, "Contratación electrónica, transporte aéreo y usuarios: deber de información sobre el precio final y los suplementos opcionales", *Revista Española de Derecho Europeo*, nº 56, 2015, pp. 119-149; M. KINSELLA, "EU competition law developments in the aviation sector: July to December 2015", *Air and Space Law*, 41, 2, 2016, pp. 65-88; T. KIRCHBERGER, "Die österreichischen Flughafenbeihilfefälle", *Beihilferecht: Jahrbuch 2015*, 2015, pp. 379-397; J. KOCIUBIŃSKI, "Fleet reduction in rescue and restructuring aid to airlines: a critical view", *EStAL*, 13, 3, 2014, pp. 454-462; *Id.*, "Air transport as a tool for regional development in Central and Eastern EU countries: the chances and challenges of the public service obligation", *Czech Yearbook of International*

fijar para la Comisión, las autoridades nacionales de la competencia y los tribunales nacionales competentes para conocer de las acciones civiles por daños anticompetitivos. En concreto, la compañía aérea británica señaló que había que distinguir dos periodos de tiempo en función de la norma procedimental más importante del Derecho antitrust europeo que estuviese vigente: El Reglamento 17 o el Reglamento 1/2003. Desde el punto de vista del Derecho europeo de la competencia, mientras estuvo vigente el Reglamento 17, el transporte aéreo sólo estuvo sometido al Derecho originario (el entonces Tratado CEE) y al propio Reglamento 17, que lo excluía de su ámbito de aplicación. En ese periodo de tiempo, por tanto, sólo la Comisión y las autoridades nacionales de competencia, no los tribunales nacionales de los Estados miembros, podían dilucidar si un acuerdo estaba prohibido por el Tratado de Roma. Ergo, si no podían resolver la *cuestión mayor* (la compatibilidad o incompatibilidad de una entente con el Derecho antitrust europeo originario), tampoco podían resolver la *cuestión menor* (la acción para la indemnización por los daños y perjuicios causados por actos anticompetitivos). La solución contraria no llegaría hasta la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, que sí incluía al transporte aéreo en su ámbito material de aplicación. Todo esto, desde el punto de vista práctico, sólo podía significar una cosa, según British Airways: que las víctimas del cártel entre compañías aéreas de que se trataba no podrían reclamar daños ante los tribunales ingleses que se hubieran producido antes del 1 mayo 2004, fecha de la entrada en vigor del Reglamento 1/2003. Solución → La juez Rose dio la razón a British Airways y redujo mucho las reclamaciones contra ella, basándose en los siguientes argumentos: (1) En su momento, las normas de competencia solo podían aplicarse a los servicios de transporte aéreo en rutas de terceros países a través de las disposiciones transitorias de aplicación previstas en el art. 88 TCEE. Éstas no se aplicaron en el Reino Unido hasta 1996 y, además, en todo caso, no se autorizó a la *High Court of Justice* a

Law, 6, 2015, pp. 129-148; C. KOENIG/F. SCHRAMM, "Die Regulierung von Flughafenentgelten", *N&R*, 11, 5, 2014, pp. 232-239; N. LENOIR/M. PLANKENSTEINER, "Les lignes directrices de 2014 de la Commission européenne sur les aides d'État aux aéroports et aux compagnies aériennes: un challenge pour les aéroports régionaux français", *Petites affiches*, 403, n° 209, 2014, pp. 6-9; B. LINKE, "Die Leitlinien der Kommission zu staatlichen Beihilfen für Flughäfen und Luftverkehrsgesellschaften: wie steht es um die rechtskonforme staatliche Unterstützung von Flughäfen?", *NVwZ*, 33, 23, 2014, pp. 1541-1548; A. LYKOTRAFITI, "The white elephant in the room: annotation on European Commission decision of 3 August 2016: State aid SA.41342 (2016/N), Germany, financing of Berlin Brandenburg Airport", *European State Aid Law Quarterly*, 16, 2, 2017, pp. 299-309; E. MAMDANIOVÁ ET AL., "Airports. II, Competition", en L. ORTIZ BLANCO/B. VAN HOUTTE (EDS.), *EU regulation and competition law in the transport sector*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 420-446; S. MANHART, "Beihilfen an Fluglinien: aktuelle Praxis", *Beihilferecht: Jahrbuch 2015*, pp. 361-377; Ú. McLAUGHLIN, "Head in the clouds?: is the European Commission's analysis of the 'relevant market' in airline mergers appropriate?", *Annals of Air and Space Law*, XXXIX, 2014, pp. 595-622; V. MENGES, "Pricing freedom under Regulation (EC) No. 1008/2008", *ZLW*, 64, 2, 2015, pp. 248-255; J. MILLIGAN/L. SALES, "Appeal against Alitalia State aid decisions by Ryanair dismissed: annotation on the judgment of the Court of Justice of 13 June 2013 in case C-287/12 P, Ryanair v Commission", *ESTAL*, 13, 1, 2014, pp. 98-105; N. NASKE/N. HACKENBERG, "Beihilfen im Luftverkehr und Europarecht: Neues anhand der Entscheidung zum Flughafen Lübeck", *ZLW*, 66, 3, 2017, pp. 417-424; P. NICOLAIDES, "Are national courts becoming an extension of the Commission? C-284/12, Deutsche Lufthansa v Flughafen Frankfurt-Hahn", *ESTAL*, 13, 3, 2014, pp. 409-413; R. PAPY, *L'aviation commerciale et le droit antitrust*, Aix-en-Provence, 2013; H.A. PETZOLD/M. RAGUSE/P.S. STÖBENER DE MORA, "Die Reform der AGVO zu Flughäfen und Häfen: ein Ende der Rechtsunsicherheit?", *EuZW*, 28, 18, 2017, pp. 717-722; K. RENNERT, "Die Bindung des nationalen Richters an Eröffnungsentscheidungen der Kommission: das Urteil des EuGH im Fall Flughafen Frankfurt-Hahn", *DVBl.*, 129, 11, 2014, pp. 669-675; N. ROBINS, "State aid assessments in the aviation and ports sectors: the role for economic and financial analysis", *ERA-Forum*, 18, 1, 2017, pp. 121-138; C. SCHAEFER, "Kontrahierungszwang und Beförderungspflicht im Luftverkehr", *ZLW*, 64, 3, 2015, pp. 453-462; M. SCHLADEBACH, "Der Emissionshandel im Luftverkehr als Wettbewerbsproblem", en P.L. KRAUSKOPF/F. BABEY (HRSG.), *Internationales Wirtschaftsrecht: Schiedsverfahren und Prozessführung, internationales Handelsrecht, Wettbewerbsrecht und Regulierung*, Baden-Baden, Nomos 2014, pp. 262-283; S. SHARMA, "To what extent has the self-assessment principle, introduced in Regulation 1/2003, affected, whether positively or negatively, the undertakings in air transport sector in the European Union?", *Air and Space Law*, 41, 4-5, 2016, pp. 345-359; P. THIEFFRY, "State aid modernisation in action: regional airports and renewable energies", *ERA-Forum*, 15, 2, 2014, pp. 283-302; S. TRUXAL, "Risk of abuse of dominance in airport slots for 'better' European airports?", *Eur. Compet.L.Rev.*, 35, 6, 2014, pp. 299-309; M. VAUGEOIS, "Les aides d'État dans le secteur de l'aviation en Europe: étude de cas de l'article 107(2)(b) du TFUE", *ZLW*, 63, 2, 2014, pp. 276-286; D.T. WIEMER, "Staatliche Beihilfen, Art. 107 AEUV und 108 AEUV, einer Billigfluggesellschaft von einem öffentlichen Unternehmen, das einen Flughafen betreibt, gewährte Vorteile ...: Rs. C-284/12, Deutsche Lufthansa AG vs. Flughafen Frankfurt-Hahn GmbH, Urteil vom 21. November 2013", *Zeitschrift für Beihilfenrecht*, n° 1, 2014, pp. 52-57; Id., "EuG, staatliche Beihilfe, irische Fluggaststeuer, reduzierter Steuersatz für höchstens 300 Kilometer vom Flughafen Dublin entfernt liegende Flugziele, ...: Rs T-473/12, Aer Lingus Ltd gegen Europäische Kommission, Urteil vom 5. Februar 2015", *BRZ*, n° 3, 2015, pp. 163-170; Id., "EuG, staatliche Beihilfe, Umstrukturierungsbeihilfe, die der Unternehmensgruppe Austrian Airlines von Österreich gewährt wurde, ...: Rs T-511/09, Niki Luftfahrt GmbH gegen Europäische Kommission ua, Urteil vom 13. Mai 2015", *BRZ*, n° 3, 2015, pp. 171-193.

ejercer esos poderes⁹⁵. (2) Si bien era cierto que el (actual) art. 101 TFUE (art. 85 TCE, entonces) tenía *eficacia directa*, los tribunales de los Estados miembros no tenían la facultad de aplicar la exención del art. 101.3 TFUE (art. 85.3 TCEE, entonces)⁹⁶. (3) El Reglamento 1/2003 no podía aplicarse retroactivamente; puesto que no tenía un carácter meramente procedimental, sino que afectaba a los derechos sustantivos⁹⁷.

2. Relación de foros de competencia judicial internacional

31. El sistema de competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros de la UE en materia civil y mercantil se contiene en el Capítulo II del Reglamento Bruselas I-bis (arts. 2-35 RB I-bis). Los tribunales de los Estados miembros en el Reglamento Bruselas I-bis se declararán competentes siempre que les otorgue competencia judicial internacional uno de los siguientes foros recogidos en el Reglamento Bruselas I-bis: 1º) Foros previstos para las materias objeto de “competencias exclusivas” (art. 24); 2º) Foro de la “sumisión expresa o tácita de las partes” al tribunal (arts. 25 y 26); 3º) Alguno de los “foros especiales por razón de la materia” (arts. 7-23); 4º) Foro del “domicilio del demandado” en el Estado miembro al que pertenece el tribunal (art. 4 RB I-bis)⁹⁸.

3. Caracteres generales del sistema de competencia judicial internacional

32. Los caracteres del sistema de competencia judicial internacional recogido en el Capítulo II del Reglamento Bruselas I-bis pueden ser concretados en los siguientes.

33. a) Sistema jerárquico de foros de competencia judicial internacional. El Reglamento Bruselas I-bis recoge distintos foros de competencia judicial internacional. Por ello, resulta perfectamente posible que tales foros otorguen competencia judicial internacional a tribunales de Estados miembros diferentes. Pues bien, el Reglamento establece una “jerarquización de competencias”, de forma que algunos foros son “más fuertes” que otros, con el resultado de que prevalecen unos sobre otros. *Ejemplo:* dos contratantes, empresa con sede social en Berlín y empresa con sede social en Madrid, pactan litigar ante los tribunales de París. En tal caso, ello impide que los tribunales españoles y que los tribunales alemanes sean competentes en este mismo caso, porque el foro de la sumisión “prevalece” sobre el foro del domicilio del demandado (art. 4 RB I-bis). Con mayor detalle, cabe afirmar lo siguiente

- 1º) Los foros especiales por razón de la materia y el foro del domicilio del demandado en el Estado al que pertenece el tribunal, “ceden” ante los foros exclusivos que otorgan competencia judicial internacional a tribunales de otros Estados miembros y también “ceden” ante el foro de la sumisión de las partes en favor de tribunales de otros Estados miembros.

⁹⁵ [2017] EWHC 2420 (Ch), §§ 43, 44, 48 y 63.

⁹⁶ [2017] EWHC 2420 (Ch), §§ 48, 53, 56 y 63.

⁹⁷ [2017] EWHC 2420 (Ch), §§ 68 a 70 y 72.

⁹⁸ Z. AKHTAR, “Jurisdictional issues in EU competition law and remedies in antitrust litigation”, *G.C.L.R.*, 10, 4, 2017, pp. 200-209; N. BOYLE/G. CHHOKAR/S. GARTAGANI, “Jurisdiction in follow-on damages claims: update on the judgment of the European Court of Justice in the Hydrogen Peroxide cartel claim”, *G.C.L.R.*, 8, 3, 2015, pp. R-58-R-62; M. DE CRISTOFARO, “Jurisdiction in tort in international business relationship”, en R. STÜRNER (ED.), *Comparative studies on business tort litigation*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 145-153; R. MONICO, “Il *private enforcement* nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, pp. 1147-1186; S. OCHS, “Zuständigkeitsabgrenzung in Fällen von Wettbewerbsbeschränkungen mit Auslandsbezug”, *WRP*, 56, 10, 2010, pp. 1241-1243; C. PELLISÉ DE URQUIZA, “La inconsistencia de las reglas comunitarias de competencia judicial internacional con el buen funcionamiento de la política comunitaria de defensa de la competencia”, en *Entre Bruselas y La Haya: Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado: liber amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 685-696; M. WELLER, “Kartelltrivatrechtliche Klagen im Europäischen Prozessrecht: ‘Private Enforcement’ und die Brüssel I-VO”, *ZVglRWiss.*, 112, 2013, pp. 89-101; M. WILDERSPIN, “Jurisdiction issues: Brussels I Regulation Articles 6(1), 23, 27 and 28 in antitrust litigation”, en J. BASEDOW/S. FRANCO/L. IDOT (EDS.), *International antitrust litigation: conflict of laws and coordination*, Oxford, 2012, pp. 41-59; K. WRIGHT, “The ambit of judicial competence after the EU Antitrust Damages Directive”, *LIEI*, 43, 1, 2016, pp. 15-40.

- 2º) El foro de la sumisión “cede” ante los “foros exclusivos”. Un tribunal de un Estado miembro no puede fundar su competencia judicial internacional en el foro de la sumisión si el asunto es objeto de foro exclusivo que atribuye la competencia judicial internacional a un tribunal de otro Estado miembro.
- 3º) Los “foros especiales por razón de la materia” y el “foro del domicilio del demandado” operan de modo alternativo. El actor puede accionar contra el demandado ante cualquiera de estos dos foros⁹⁹.

Reglamento Bruselas I-bis 1215/2012 de 12 diciembre 2012 Foros de competencia judicial internacional	
Primer foro de competencia judicial internacional	<ul style="list-style-type: none"> - Foros exclusivos de competencia judicial internacional (art. 24 RB I-bis) _____ - Prevalen sobre todos los demás foros de competencia recogidos en el Reglamento Bruselas I-bis.
Segundo foro de competencia judicial internacional	<ul style="list-style-type: none"> - Sumisión de las partes a los tribunales de un Estado miembro bien de modo expreso (art. 25 RB I-bis) o bien de modo tácito (art. 26 RB I-bis). _____ (1) Prevalece sobre los foros de competencia especiales (arts. 7 a 23 RB I-bis). (2) Prevalece sobre el foro del domicilio del demandado en un Estado miembro (art. 4 RB I-bis). (3) La sumisión tácita (art. 26 RB I-bis) prevalece sobre la expresa (art. 25 RB I-bis).
Tercer foro de competencia judicial internacional	<ul style="list-style-type: none"> - Domicilio del demandado en un Estado miembro (art. 4 RB I-bis). _____ (1) No opera si el objeto del litigio pertenece a las competencias exclusivas de un Estado miembro (2) No opera si existe una válida sumisión en favor de tribunales de otro Estado miembro. (3) Puede ser empleado por el demandante en alternativa a los foros especiales de competencia (arts. 7 a 23 RB I-bis)
Cuarto foro de competencia judicial internacional	<ul style="list-style-type: none"> - Foros especiales de competencia internacional (arts. 7 a 23 RB I-bis). _____ (1) No opera si el objeto del litigio pertenece a las competencias exclusivas de un Estado miembro. (2) No opera si existe una válida sumisión en favor de tribunales de otro Estado miembro. (3) Puede ser empleado por el demandante en alternativa al foro del domicilio del demandado en un Estado miembro (art. 4 RB I-bis)

34. b) Sistema europeo de competencia judicial internacional. El Reglamento Bruselas I-bis contiene un sistema de competencia judicial internacional que sólo otorga dicha competencia judicial internacional a los tribunales de los Estados miembros que participan en el Reglamento, no a tribunales

⁹⁹ AAP Madrid 27 junio 2012 (contrato internacional de concesión de venta y postventa de vehículos holandeses).

de terceros Estados. El objetivo del Reglamento Bruselas I-bis radica, en efecto, en unificar las normas de competencia judicial internacional de los Estados miembros participantes en el mismo para que tales tribunales operen como si fueran los tribunales de un mismo Estado, sujetos a unas mismas normas de competencia judicial internacional. Ello facilita, igualmente, la libre circulación de resoluciones y documentos públicos entre tales Estados miembros de la UE. Por tanto, el Reglamento Bruselas I-bis sólo atribuye competencia judicial internacional, en su caso, a los tribunales de los Estados miembros y no a tribunales de terceros Estados.

35. c) Sistema de competencia judicial internacional de base legal. Los foros de competencia judicial internacional recogidos en el Reglamento Bruselas I-bis son foros legalmente determinados de manera objetiva en sus normas jurídicas. Desde ese punto de vista, son foros de competencia judicial internacional que responden al principio de seguridad jurídica (Cons. [16] RB I-bis). El juez dispone, naturalmente, de un margen de apreciación para acreditar si concurre uno u otro concreto foro de competencia judicial internacional. Sin embargo, si dicho foro concurre en un supuesto específico, el juez no puede ignorar su propia competencia y la existencia de dicho foro. Ello comporta varias consecuencias: (a) El llamado *Forum Non Conveniens*, propio de los países anglosajones, es incompatible con el Reglamento Bruselas I-bis; (b) Las *antisuit injunctions*, también características de los países anglosajones, son también congrarias al Reglamento Bruselas I-bis.

36. d) Sistema combinado de foros puros de competencia judicial internacional y de foros directos de competencia territorial. El Reglamento Bruselas I-bis contiene foros de “competencia judicial internacional”. Tales foros atribuyen competencia a los tribunales de un Estado miembro en su conjunto. Acreditada tal competencia judicial internacional, el Derecho Procesal de dicho Estado miembro determinará el concreto tribunal territorialmente competente para conocer del concreto supuesto litigioso. *Ejemplo:* En el caso de los liceos de la Isla de Francia (*Lycées d’Île-de-France*), el *Tribunal des conflits* tuvo que resolver *cuáles eran los tribunales franceses* que debían conocer de una acción de reparación de daños interpuesta por una persona de Derecho público adjudicataria de mercados públicos que concluyó contratos para rehabilitar los liceos de la Isla de Francia con veinticinco personas físicas y jurídicas que, mediante acuerdos prohibidos, habían falseado la competencia en dichos mercados públicos. En este caso, se aprecian *dos datos de interés*: *Primero:* Si la competencia internacional de los tribunales de un Estado es clara (bien porque se trata de un caso meramente interno o bien porque se aplica, sin dificultad alguna, el Reglamento Bruselas I-bis), corresponde al *Derecho interno del Estado respectivo* recurrir a sus normas internas de *competencia objetiva, territorial o funcional* para determinar cuál de sus tribunales en particular será competente para conocer del fondo del asunto¹⁰⁰. *Segundo:* A ese sistema jurídico corresponde apreciar el elemento decisivo para elegir el orden jurisdiccional interno. No importa que, a estos efectos, coincida -o no- con la calificación de la pretensión procesal que se haya realizado para solventar la atribución de competencia judicial internacional. Se trata de una *segunda calificación* que sólo es relevante para asignar el asunto de que se trate a un órgano judicial interno y que, en ningún caso, puede volver a cuestionar la competencia judicial internacional ya resuelta. En el caso de los liceos de la Isla de Francia, se discutía si la competencia correspondía al *orden jurisdiccional civil* (francés) o, por el contrario, al *orden jurisdiccional administrativo* (francés). Esto, a su vez, se hacía depender de la *naturaleza contractual o extracontractual de la pretensión*. Mientras que la sentencia de la *Cour d’appel* de París 24 junio 2015, *Région Île-de-France c/ L. Nautin et al.*, RG nº 14/01570, consideraba que la competencia correspondía a los tribunales civiles, dado que el objeto del litigio era declarar quiénes eran responsables del daño que debía repararse, originado por los acuerdos colusorios entre los subasteros, que no eran más que faltas de naturaleza extracontractual¹⁰¹; la resolución del *Tribunal des conflits* sostenía que únicamente los tribunales administrativos eran competentes para conocer “*de los litigios relativos a la responsabilidad de personas a las que son imputados comportamientos suscepti-*

¹⁰⁰ *Vid., ad ex.*, sentencia *Cour de cassation, Chambre commerciale*, 18 octubre 2017, 15-26.363, *Nissan France*, ECLI:FR:CCASS:2017:CO01275, comentada por R. AMARO, “Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018)”, *Concurrences*, nº 2, 2018, pp. 225-239 (pp. 237-239).

¹⁰¹ *Concurrences*, 2015, nº 4, p. 185, con nota de C. LEMAIRE y S. NAUDIN.

bles de haber alterado las estipulaciones de un contrato administrativo [...] y de haber causado así un perjuicio a la persona pública que ha concluido este contrato” (Sentencia del Tribunal des conflits 16 noviembre 2015, nº 4035, *Région Île-de-France c/ M.N. et autres*)¹⁰².

No obstante, este sistema de foros puros de competencia judicial internacional presenta dos importantes excepciones: (a) Los arts. 7 a 23 RB I-bis designan no sólo el Estado miembro cuyos tribunales poseen competencia judicial internacional, sino que determinan, igualmente y de modo directo e inmediato, el tribunal territorialmente competente; (b) Los arts. 25-26 RB I-bis permiten que las partes, si así lo pactan, puedan atribuir competencia judicial internacional y competencia territorial, de manera directa e inmediata, a unos concretos tribunales de un Estado miembro determinado.

37. e) Foros de competencia judicial internacional inspirados por el “principio de proximidad” y por el “principio de la buena administración de la Justicia”. Los foros de competencia judicial internacional recogidos en el Reglamento Bruselas I-bis se edifican sobre dos grandes principios inspiradores: 1º) *Principio de proximidad / Principio de reducción de los costes de litigación internacional* (Cons. [15] RB I-bis). El Reglamento otorga competencia judicial internacional a los tribunales de Estados miembros que presentan una “conexión” con el litigio. Ello ahorra costes de litigación internacional a las partes; 2º) *Principio de buena administración de la Justicia* (Cons. [16] RB I-bis). Los foros contenidos en el Reglamento Bruselas I-bis atribuyen competencia judicial internacional a los tribunales de los Estados miembros que pueden administrar Justicia del modo más eficaz, eficiente, y con mayor calidad. Una buena administración de la Justicia ahorra costes a la Administración de Justicia de los Estados miembros.

38. f) Sistema de competencia judicial internacional que garantiza el acceso a los tribunales y evita la denegación de Justicia. El Reglamento Bruselas I-bis garantiza que los supuestos litigiosos conectados realmente con la UE puedan resolverse ante tribunales de los Estados miembros de la UE, de modo que se evita, así, la “denegación de justicia” (Cons. [13] *in primis* y [1] RB I-bis: “... *es deseable ... mejorar el acceso a la justicia*”). Así queda garantizado el derecho de las partes de acceso a la Justicia.

39. g) Sistema europeo incompleto de competencia judicial internacional. Si el litigio en materia civil o mercantil no está estrechamente vinculado con la UE, el Reglamento Bruselas I-bis indica que serán aplicables las normas nacionales de competencia judicial internacional de cada Estado miembro para decidir si los tribunales de dicho Estado miembro pueden conocer del asunto. Esto es, el Reglamento Bruselas I-bis delega la cuestión en las normas nacionales de cada Estado miembro que regulan la competencia judicial internacional. Por ello, el sistema de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I-bis es “incompleto”. Debe ser integrado con las normas de competencia judicial internacional de cada Estado miembro (art. 6 y Cons. [14] RB I-bis). Sólo en los supuestos de acciones ejercitadas por consumidores y trabajadores, el Reglamento Bruselas I-bis la competencia judicial internacional se rige únicamente por dicho Reglamento y no por las normas de producción interna de los Estados miembros; aunque el demandado tenga su domicilio fuera de la UE.

40. h) Sistema de competencia internacional dirigido a los “órganos jurisdiccionales” de los Estados miembros. El Reglamento Bruselas I-bis debe ser aplicado por los “órganos jurisdiccionales” o por los “tribunales”, esto es, por las autoridades de los Estados miembros con competencia para resolver un “procedimiento judicial”, que es aquél que ofrece garantías de independencia e imparcialidad y que respeta el principio de contradicción. Las autoridades públicas de los Estados miembros que sustancian procedimientos no judiciales, no contradictorios, no aplican el Reglamento Bruselas I-bis.

¹⁰² Comentada por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, nº 1, 2016, pp. 251-260 (pp. 252-253).

4. Sumisión de las partes

41. El Reglamento Bruselas I-bis de 12 diciembre 2012 contiene un elenco de foros de competencia en materia delictual o cuasidelictual que interesan a cualquier demandante que desee interponer una acción de daños por infracción del Derecho antitrust de la UE. Nada tiene esto de extraño; porque este Reglamento de la UE es aplicable en materia civil y mercantil y el Tribunal de Justicia ha declarado que la demanda de indemnización por los daños y perjuicios derivados de la supuesta infracción del Derecho de la competencia de la UE es una *materia civil o mercantil* (STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, §§ 28-29, ECLI:EU:C:2014:2319): “La acción ejercitada por *flyLAL* tiene como finalidad obtener la indemnización de los daños y perjuicios resultantes de una supuesta infracción del Derecho de competencia. Así pues, pertenece al Derecho relativo a la responsabilidad civil delictual o cuasidelictual [...] En consecuencia, un recurso como el controvertido en el litigio principal, que tiene como finalidad obtener la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la infracción de las normas de Derecho de la competencia, tiene carácter civil y mercantil”¹⁰³. Se trataba, en efecto, de un recurso, mediante el cual *flyLA* deseaba obtener la indemnización por los daños y perjuicios derivados, por un lado, del *abuso de posición dominante de Air Baltic* en el mercado de los vuelos procedentes del aeropuerto de Vilna (Lituania) o con destino a él (precios predatorios), y, por otro lado, de un acuerdo contrario a la competencia celebrado entre los codemandados (STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, § 15, ECLI:EU:C:2014:2319). El Tribunal de Justicia tuvo claro que: (a) Permitir la utilización de instalaciones aeroportuarias a cambio del pago de una tasa constituye una actividad de carácter económico y, por consiguiente, tales relaciones jurídicas forman parte efectivamente de la materia civil y mercantil (STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, § 33, ECLI:EU:C:2014:2319). (b) Esta conclusión no quedaba desvirtuada por el hecho de que las supuestas violaciones del Derecho de la competencia resultasen de las disposiciones jurídicas letonas ni por el hecho de que el Estado fuera titular del 100 % y del 52,6 % del capital de las partes demandadas en el litigio principal (STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, § 34, ECLI:EU:C:2014:2319). (c) El Estado letón no era parte en el litigio principal y el mero hecho de que fuese accionista de dichas entidades (instalaciones portuarias y una compañía aérea) no constituía “una circunstancia equivalente a aquella en la que el referido Estado miembro ejerce prerrogativas de poder público. Esta consideración resulta especialmente válida cuando dichas entidades, ciertamente propiedad en su mayor parte o en su totalidad del referido Estado, se comportan como cualquier otro operador económico, ya sea persona física o jurídica, que opera en un mercado determinado. Dicha acción no se dirige contra comportamientos o procedimientos que constituyan una manifestación de prerrogativas de poder público por una de las partes en el litigio, sino contra actos realizados por particulares [...] (STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, § 37, ECLI:EU:C:2014:2319)”. Dicho con otros términos, la presencia de un Estado miembro exige dilucidar si se trata de *acta iure imperii* y no presumir que lo sean.

¹⁰³ *Vid., ad ex.*, los comentarios de M. BARBA, “Leçon 1: De la connexité et de son instrumentalisation...”, *Revue Lamy droit des affaires*, nº 111, 2016, pp. 28-32; P. FRÜHLING/J. DELARUE, “flyLAL-Lithuanian Airlines: EU Rules on Jurisdiction cover Antitrust Damages”, *J.E.C.L. & Pract.*, 6, 7, 2015, pp. 493-495; L. IDOT, “Matière civile et commerciale, droit de la concurrence et ordre public”, *Europe*, 2014, Décembre, Comm. nº 12, p. 38; O.L. KNÖFEL, “Zum Begriff ‘Zivil- und Handelssachen’ im Europäischen Zivilprozessrecht”, *GPR*, 2015, pp. 251-258; C. KOHLER, “Sonderstellung staatseigener Unternehmen im Europäischen Zivilprozessrecht?”, *IPRax*, 2015, pp. 500-505; M. LAZOUZI, “Cour de justice, 3e ch., 23 octobre 2014, flyLAL-Lithuanian Airlines AS, aff. C-302/13, ECLI:EU:C:2014:2319”, en *Jurisprudence de la CJUE 2014*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 2014, pp. 868-870; J. LANDBRECHT, “EuGVVO: Anwendungsbereich, ausschließliche Zuständigkeit und Ordre-Public-Widrigkeit im Fall kartellrechtlicher Schadensersatzklagen”, *EuZW*, 2015, pp. 76-80; P.A. DE MIGUEL ASENSIO, “Reconocimiento y ejecución de resoluciones: el orden público como motivo de denegación - Reglamento 44/2001 - Ámbito de aplicación - Material civil y mercantil - Demanda de indemnización por la infracción del Derecho de la competencia - Competencias exclusivas - Concepto de litigio en materia de sociedades y personas jurídicas - Orden del Estado requerido”, *REDI*, 2015, pp. 254-257; C. NOURISSAT, “Private enforcement et règlement ‘Bruxelles I’”, *Procédures*, 2015, nº 1, pp. 42-43; C. REYDELLET, “Leçon 2: De la matière délictuelle et de sa qualification...”, *Revue Lamy droit des affaires*, nº 211, 2016, pp. 33-36; B. SUJECKI, “Anwendung der EuGVVO auf Schadensersatzklagen wegen Kartellrechtsverstoßes - Keine Berufung auf ordre public wegen schwerwiegender wirtschaftlicher Folgen von einstweiligen Anordnungen für Staatsunternehmen - ‘flyLA’”, *EWS*, 2014, pp. 340-341; J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 7.

Por último, a los anteriores razonamientos, la doctrina ha añadido uno más: el hecho de que las acciones indemnizatorias contribuyan indirectamente a reforzar algunos de los fines públicos que persigue el Derecho antitrust, como, *ad ex.*, la libre competencia o la tutela del mercado, o el de que, en algunos ordenamientos, existan acciones punitivas no excluyen que tales acciones se proyecten en una materia que, sobre todo, es civil o mercantil¹⁰⁴.

42. A tenor del Reglamento Bruselas I-bis de 12 diciembre 2012, son competentes para conocer de los litigios derivados de obligaciones extracontractuales los siguientes órganos jurisdiccionales: aquél al que se sometan las partes, el foro general del domicilio del demandado y, además, ciertos foros especiales, entre los que el lugar del hecho dañoso ocupa un lugar destacado¹⁰⁵. Ahora bien, la sencillez de este sistema de foros no es más que aparente: *the devil is in the details*. Estos foros exigen un análisis separado.

43. El acuerdo de sumisión es un pacto entre las partes de una concreta relación jurídica en cuya virtud, éstas determinan el órgano jurisdiccional que será competente para conocer de los litigios que eventualmente pudieran surgir como consecuencia de ciertas obligaciones asumidas por las partes¹⁰⁶. Varias consideraciones previas son precisas:

- 1º) *Sumisión expresa y sumisión tácita*. La sumisión puede realizarse mediante acuerdo expreso (art. 25 RB I-bis) o mediante acuerdo tácito: ciertas prácticas que denotan la voluntad de las partes de someterse a los tribunales de un determinado país (art. 26 RB I-bis).
- 2º) *Ventajas del foro de la sumisión*. El foro de la sumisión de las partes presenta grandes ventajas: (a) *Unidad jurisdiccional de litigios*. Las partes pueden concentrar distintos litigios ante el mismo tribunal, lo que ahorra costes; (b) *Seguridad jurídica en las transacciones internacionales*. Gracias a la sumisión, sobre todo a la sumisión expresa, las partes saben, desde el momento de la operación comercial, qué tribunales estatales serán competentes en caso de litigio: se evitan incertidumbres y se evita litigar sobre “qué tribunal debe resolver” la controversia (A. HUET). La previsibilidad del tribunal competente resulta claramente reforzada¹⁰⁷; (c) *Elección del mejor tribunal (Better Court)*. Las partes pueden elegir los tribunales estatales que consideren “mejores” para resolver sus disputas, por su rapidez, calidad de la Justicia, etc. Por ello, el Reglamento Bruselas I-bis potencia la sumisión, sujeta a escasos límites de fondo y forma. En definitiva, el art. 25 RB I-bis potencia la litigación económica, permite litigar al menor coste posible para los concretos particulares implicados en el proceso internacional. Las partes son los sujetos mejor posicionados para decidir qué tribunal debe solventar sus disputas jurídicas: mucho mejor posicionados que el Estado o el poder político; (d) *Elemento de la negociación comercial*. La elección del tribunal como elemento de la negociación en las transacciones internacionales. Una parte puede ofrecer buenas condiciones comerciales a la otra, si, a cambio, esta otra parte accede a incluir una cláusula de sumisión en favor de los tribunales del país donde radica la primera parte. Ello refleja la idea de que “*las opciones jurisdiccionales se pueden comprar y vender*” (F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ). Por ello, efectivamente, las cláusulas de sumisión constituyen elementos mismos

¹⁰⁴ *Vid., ad ex.*, C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 173 (nota 11).

¹⁰⁵ E. CASTELLANOS RUIZ, “International jurisdiction in damages actions for breach of antitrust law”, en *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 603-634; W.-H. ROTH, “Internationale Zuständigkeit bei Kartelldeliktssklagen”, *IPRax*, 2016, pp. 318-326; J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017; M. WELLER, “Kartellprivatrechtliche Klagen im europäischen Prozessrecht: ‘Private Enforcement’ und die Brüssel I-VO”, *ZVglRWiss.*, 112, 1, 2013, pp. 89-101; ID., “Die internationale Deliktzuständigkeit für kartellprivatrechtliche Schadensersatzklagen”, en M. NIETSCH/M. WELLER (HRSG.), *Private Enforcement: Brennpunkte kartellprivatrechtlicher Schadensersatzklagen*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 75-101; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017.

¹⁰⁶ STS 16 mayo 2008 [RJ 2008\3080] (contrato de salvamento).

¹⁰⁷ SAPPontevedra 19 enero 2016 (importación de langostinos desde Argentina a España)[CENDOJ36038370012016100069].

de la transacción internacional cuyo sentido puede ser negociado por las partes igual que se negocia la calidad de las mercancías, el precio de las mismas y el lugar de su entrega.

A) Sumisión expresa

44. En ocasiones, tanto autores como litigantes han discutido la posibilidad –o, al menos, la idoneidad– de que las partes recurran al foro de la sumisión expresa para determinar los tribunales competentes para conocer de las acciones por daños anticompetitivos¹⁰⁸. Esta duda jurídica carece de razón de ser. Existen *tres motivos* para que el foro de la sumisión expresa no se cuestione, como tal: *Primero*: El Reglamento Bruselas I-bis no lo prohíbe expresamente. Dicho con otros términos, el Reglamento Bruselas I-bis no tiene ninguna norma prohibitiva de los acuerdos de elección de foro para las cuestiones de Derecho antitrust semejante a la prohibición del *pacto de lege utenda* del Reglamento Roma II (*Rechtswahlverbot*) (art. 6.4 RR-II)¹⁰⁹. *Segundo*: Las prohibiciones nacionales de derogación de la competencia de los tribunales (*nationale Derogationsverbote*) (como, *ad ex.*, § 130.2 GWB) no son oponibles al art. 25 RB I-bis¹¹⁰: a) Iría contra el *principio de superioridad del Derecho de la UE* y contra la *interpretación uniforme de este ordenamiento jurídico*, cuyo ámbito de aplicabilidad sería delimitado unilateralmente por los sistemas legales de los Estados miembros¹¹¹. b) No existe riesgo de que, al elegir el tribunal competente, las partes puedan eludir el Derecho nacional imperativo que sería aplicable; puesto que, gracias a la unificación conflictual realizada por el Reglamento Roma II (art. 6.3), el Derecho material imperativo aplicable a los daños por infracción del Derecho antitrust europeo será siempre el mismo, con independencia de cual sea el tribunal de un Estado miembro que resulte competente¹¹². *Tercero*: Los acuerdos de elección de foro “bloquean” para los ilícitos concurrenciales todos los demás foros previstos en el Reglamento Bruselas I-bis (salvo las competencias exclusivas, que, en todo caso, son inexistentes en esta materia). Esto significa, expresado con otras palabras, que las posibilidades del demandante de acudir a un tribunal que no sea el del foro prorrogado no se reducen, sino que simplemente se suprimen. En el caso *CDC Hydrogen Peroxide*, el LG Dortmund planteó al Tribunal de Justicia, entre otras cuestiones, si los acuerdos de elección de foro repercutirían sobre el *principio de efectividad* del Derecho de la UE (*Unionsrechtliches Effektivitätsprinzip*)¹¹³. La STJUE 21 mayo 2015,

¹⁰⁸ *Vid.*, *ad ex.*, C.A. HEINZE, “Los acuerdos atributivos de jurisdicción y la ejecución efectiva del Derecho de la competencia de la UE: algunas precisiones sobre el alcance de los acuerdos de jurisdicción tras la sentencia del TJUE ‘CDC’”, *AEDIP*, XVI, 2016, pp. 79-101; L. IDOT, “La Cour de justice de l’Union européenne appelée à préciser la clause attributive de juridiction en cas d’allégation d’une violation du droit de la concurrence: Cass. Ire civ., 11 oct. 2017, no. 16-25.259, P+B, *JurisData* n° 2017-019859”, *La semaine juridique. Édition générale*, n° 49, 2017, pp. 2204-2207; F. MARONGI BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 67-78; R. MONICO, “Il private enforcement nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, pp. 1147-1186 (pp. 1178-1181); F. VISCHER, “Der Einbezug deliktischer Ansprüche in die Gerichtsstandsvereinbarung für den Vertrag”, en *Festschrift für Erik Jayme*, Band I, München, Sellier. European Law Publishers, 2004, pp. 993-1000; W. WURMNEST, “Gerichtsstandsvereinbarungen im grenzüberschreitenden Kartellprozess”, en M. NIETSCH/M. WELLER (HRSG.), *Private Enforcement: Brennpunkte kartellprivatrechtlicher Schadensersatzklagen*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 75-101.

¹⁰⁹ *Vid.*, *ad ex.*, J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 12.

¹¹⁰ En este sentido, correctamente, sentencia OLG Stuttgart 9 noviembre 1990 - Az. 2 U 16/90. *Vid.* H. ROTH, “Gerichtsstandsvereinbarungen nach Art. 17 EuGVÜ und kartellrechtliches Derogationsverbot”, *IPRax*, 1992, pp. 67-69.

¹¹¹ *Vid.*, *ad ex.*, J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 13; W. WURMNEST, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei grenzüberschreitenden Kartelldelikten”, *EuZW*, 23, 24, 2012, pp. 933-939 (p. 935); *Id.*, “Die Einbeziehung kartellrechtlicher Ansprüche in Gerichtsstandsvereinbarungen”, en *Festschrift für Ulrich Magnus: zum 70. Geburtstag*, München, Sellier European Law Publishers, 2014, pp. 567-582 (p. 570).

¹¹² *Vid.*, *ad ex.*, N. HORN, “Einwand des Rechtsmissbrauchs gegen eine Gerichtsstandsvereinbarung i.S.d. Art. 23 EuG-VO?”, *IPRax*, 2006, pp. 2-4; J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 13-14; W. WURMNEST, “Die Einbeziehung kartellrechtlicher Ansprüche in Gerichtsstandsvereinbarungen”, en *Festschrift für Ulrich Magnus: zum 70. Geburtstag*, München, Sellier European Law Publishers, 2014, pp. 567-582 (p. 571).

¹¹³ Auto LG Dortmund 29 abril 2013 – Az. 13 O (Kart) 23/09. *Vid.*, *ad ex.*, J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 14; M. WELLER, “Kartellprivatrechtliche Klagen im europäischen Prozessrecht: ‘Private Enforcement’ und die Brüssel I-VO”, *ZVglRWiss.*, 112, 1, 2013, p. 89 (p. 90).

C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, §§ 61 y 62, respondió que: “[...] se debe considerar que el tribunal que conoce del asunto puede estar vinculado en principio por una cláusula atributiva de competencia que excluya las competencias previstas en los artículos 5 y 6 del Reglamento n° 44/2001, estipulada por las partes [...] La exigencia de aplicación eficaz de la prohibición de los cárteles no puede desvirtuar esa conclusión. En efecto, el Tribunal de Justicia ya ha juzgado que las reglas de Derecho material aplicables al fondo de un litigio no pueden tener incidencia en la validez de una cláusula atributiva de competencia que se ajuste al artículo 17 del Convenio mencionado en el apartado 59 de esta sentencia (véase en ese sentido la sentencia *Castelletti*, C-159/97, EU:C:1999:142, apartado 51). Según la jurisprudencia recordada en el apartado 60 de esta sentencia, esa interpretación también es pertinente para el artículo 23 del Reglamento n° 44/2001”¹¹⁴. Cuestión distinta, que luego se analizará, es cuál sea el alcance del acuerdo de elección de foro.

45. ➤ Caso 1. *GIE Pari Mutuel Urbain c/ SARL Google France, Société Google Inc. et al.* (2016). El Pari Mutuel Urbain (PMU) se enfrentó a Google, por la política comercial de esta empresa, que no permite el acceso a su tienda de aplicaciones (Google Play Store) de aquellas que facilitan el acceso a juegos de dinero. El PMU estimó que esta práctica de Google constituía un abuso de posición dominante que, además, le causaría un daño inminente; por consiguiente solicitó ante los tribunales franceses que se ordenara su cese. Ahora bien, ¿eran competentes los tribunales franceses para adoptar medidas provisionales urgentes? Solución → Google interpuso la excepción de incompetencia, apoyándose en una *cláusula de elección de foro* inserta en el contrato que le vinculaba con el PMU. Según dicha cláusula contractual, en principio, eran competentes los tribunales del condado de Santa Clara en California (Estados Unidos): “[...] *Vous-même et Google acceptez de vous soumettre à la juridiction exclusive des tribunaux fédéraux*

¹¹⁴ Comentada por N. BOYLE/G. CHHOKAR/S. GARTAGANI, “Jurisdiction in follow-on damages claims: update on the judgment of the European Court of Justice in the hydrogen peroxide cartel claim”, *G.C.L.R.*, 8, 3, 2015, pp. R58-R62; L. GEELHAND/S. GARTAGANI, “CDC v Akzo Nobel and Others: Clarifications on the Jurisdiction Rules in Cartel Damages Claims”, *J.E.C.L. & Pract.*, 6, 10, 2015, pp. 713-715; O. GEISS/H. DANIEL, “Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV and Others: A summary and critique of the judgment of the European Court of Justice of May, 21 2015”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 2015 pp. 430-435; C. HARLER/J. WEINZIERS, “The ECJ’s CDC-Judgment on Jurisdiction in Cartel Damages Cases: Repercussions for International Arbitration”, *EWS*, 2015, 3, pp. 121-123; R. HARMS/J.A. SANNER/J. SCHMIDT, “EuGVVO: Gerichtsstand bei Kartellschadenersatzklagen”, *EuZW*, 2015, pp. 584-592; F. KAINER/J. PERSCH, “Die CDC-Entscheidung des OLG Düsseldorf: Kollektiver Rechtsschutz und europarechtliches Effektivitätsprinzip”, *WuW*, 2016, pp. 2-7; G. MÄSCH, “Blondes Have More Fun (Or Have They?)”, *WuW*, 2016, pp. 285-291; K.L. MEHRBREY/S. JAEGER, “EuGH-Entscheidung klärt internationale Zuständigkeit von nationalen Zivilgerichten in Kartellschadenersatzfällen”, *European Law Reporter*, 2015, pp. 146-154; G. MUSGER, “Internationale Zuständigkeit für Kartellschadenersatz: EuGH 21.5.2015, C-352/13, CDC Hydrogen Peroxide SA v Akzo Nobel NV ua, CDC Hydrogen Peroxide: Anmerkung”, *ÖBl*, 64, 5, 2015, pp. 235-237; M. NEGRI, “Una pronuncia a tutto campo sui criteri di allocazione della competenza giurisdizionale nel private antitrust enforcement transfrontaliero: il caso esemplare delle azioni risarcitorie c.d. follow-on rispetto a decisioni sanzionatorie di cartelli pan-europei”, *Int’l Lis*, 2015, pp. 78-84; C. NOURISSAT, “Action indemnitaire en droit de la concurrence: quand la Cour de justice instaure un nouveau forum actoris au bénéfice des victimes...”, *Procédures*, 2015, n° 7, pp. 19-20; A. PATO, “Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 4ª) de 21 de mayo de 2015, asunto C-352/13, Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA c. Akzo Nobel NV y otros”, *REDI*, 2015, pp. 195-198; Id., “Collective Redress for Cartel Damage Claims in The European Union after CDC v Akzo Nobel NV and Others”, *Yearbook of Private International Law*, 2017, pp. 491-506; R. PIKE/Y. TOSHEVA, “CDC v Evonik Degussa (C-352/13) and its potential implications for private enforcement of European competition law”, *G.C.L.R.*, 8, 2, 2015, pp. 82-85; C. REYDELLET, “Leçon 2: De la matière délictuelle et de sa qualification...”, *Revue Lamy droit des affaires*, 2016, n° 111, pp. 33-36; C. REYDELLET, “Leçon 3: De la clause attributive de juridiction et de son sort...”, *Revue Lamy droit des affaires*, 2016, n° 111, pp. 37-39; ; A. STADLER, “Schadenersatzklagen im Kartellrecht – Forum shopping welcome! - Zugleich Besprechung von EuGH, Urteil v. 21.5.2015 – C-352/13”, *JZ*, 2015, pp. 1138-1149; J. SUDEROW, “Acciones derivadas de ilícitos antitrust: El foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide”, *CDT*, 8, 2, 2016, pp. 306-329; T. THIEDE/G. KLUMPE, “A Christmas Carol - strongly inspired by Charles Dickens and CDC Hydrogen Peroxide”, *NZKart*, 2017, p. 643; C. THOLE, “Erfassen Schiedsvereinbarungen auch Kartellschadenersatzansprüche?”, *ZWeR*, 2017, pp. 133-145; A. TORBJÖRN, “Zuständigkeit und Zuständigkeitskonzentration bei Verstößen gegen europäisches Kartellrecht”, *Ecolex*, 2015, pp. 968-969; M. WELLER, “Eu-GVVO - Zuständigkeitskonzentration bei Schadenersatzklage gegen mehrere Kartellanten und Reichweite einer abweichenden Gerichtsstandsvereinbarung”, *RIW*, 2015, 9, pp. 603-605; D. WIEGANDT, “EuGVVO: Auskunfts-/Schadenersatzklage gegen mehrere Kartellbeteiligte aus verschiedenen Mitgliedstaaten (Private Enforcement), Rücknahme gegen im Forumsstaat ansässigen Beklagten, Wirkung von Gerichtsstandsklauseln gegenüber Dritten?”, “CDC”: EuGH (4. Kammer), Urteil vom 21.5.2015, Rs. C-352/13: EWS-Kommentar”, *EWS*, 26, 3, 2015, pp. 157-159; T. WOODGATE/C. OWEN, “Jurisdiction revisited. Forum shopping in cross-border damages claims”, *Competition Law Insight*, 14, 7, 2015, pp. 16-17; W. WURMNEST, “International jurisdiction in competition damages cases under the Brussels I Regulation: CDC Hydrogen Peroxide”, *C.M.L.Rev.*, 2016, pp. 225-247.

ou d'état situés dans le comté de Santa Clara, Californie, afin de résoudre toute question légale en rapport avec le présent contrat ou avec votre relation avec Google dans le cadre du présent contrat, mais vous acceptez que Google soit en mesure de solliciter des mesures injonctives dans toute juridiction.”. El tribunal francés, con la astucia típica de los buenos profesionales, se fijó en el dispositivo final del acuerdo de elección del foro: Google podía solicitar medidas urgentes (*mesures injonctives*) ante cualquier jurisdicción (o, si se prefiere una traducción más literal, “en toda jurisdicción”). De ella, extrajo el órgano judicial francés una importante consecuencia: si se ha estipulado una excepción a la competencia judicial internacional de los tribunales de California, cuando se trate de la adopción de medidas provisionales o cautelares de carácter urgente, en favor de Google, dicha excepción es aplicable también para quienes contraten con la empresa norteamericana. Así que el *Tribunal de commerce* de París se declaró competente: “*Nous retenons cependant qu'en stipulant que 'vous acceptez que Google soit en mesure de solliciter des mesures injonctives dans toute juridiction', les parties sont expressément convenues d'écarter la compétence exclusive des juridictions de Californie pour voir prononcer des mesures relevant d'une procédure de référé, et si elles ont seulement prévues la possibilité pour Google de solliciter ces mesures dans toute juridiction, elles n'ont pas cependant explicitement écarté la possibilité pour le PMU de faire de même.*

Nous concluons que nous sommes compétent pour connaître des demandes formées par le PMU, sur le fondement de l'article 873 alinéa 1, et qui visent seulement à nous voir ordonner des mesures conservatoires ou de remise en état.

Nous dirons donc l'exception d'incompétence, soulevée in limine litis, recevable mais non fondée et nous dirons compétent.”. El *Tribunal de commerce* de París consideró, por último, que no podían adoptarse *medidas urgentes de carácter provisional* (orden de cese de un pretendido abuso de posición dominante), cuando no se ha justificado ni el aparente *carácter ilícito de la práctica discutida* (la política comercial de Google de no permitir el acceso a su tienda de aplicaciones de las que tienen por objeto facilitar el acceso a juegos de dinero) ni que se vaya a producir un *daño inminente* (*ordonnance de référé Tribunal de commerce* de París, 15^e ch., 20 junio 2016, *GIE Pari Mutuel Urbain c/ SARL Google France, Société Google Inc. et al.*, RG 2016035909)¹¹⁵.

46. ➤ Caso 2. *Apple Sales International y otros/MJA, en calidad de liquidador de eBizcuss.com (eBizcuss) (2018)*. Los hechos que se encuentran en el origen de este caso son los siguientes: En 2002, la sociedad *eBizcuss.com* (posteriormente en liquidación y representada por la sociedad MJA) concluyó un contrato de distribución (“Apple Authorized Reseller Agreement”) con *Apple Sales International*, sociedad de Derecho irlandés. Según este contrato *eBizcuss.com* sería un revendedor autorizado de productos de la marca Apple, que se comprometía a distribuir de forma casi exclusiva. El contrato de distribución contenía una *cláusula de atribución de competencia* a favor de los tribunales irlandeses: “This Agreement and the corresponding relationship between the parties shall be governed by and construed in accordance with the laws of the Republic of Ireland and the parties shall submit to the jurisdiction of the courts of the Republic of Ireland. Apple reserves the right to institute proceedings against Reseller in the courts having jurisdiction in the place where Reseller has its seat or in any jurisdiction where a harm to Apple is occurring.”. En 2012, *eBizcuss* interpuso ante el *tribunal de commerce* de París una demanda por la que solicitaba que se condenase a la sociedad *Apple Sales International*, a la sociedad estadounidense *Apple* y a la sociedad francesa *Apple Retail France* al pago de una indemnización de daños y perjuicios de 62.500.000 euros. *eBizcuss* alegó que las sociedades demandadas habían incurrido en prácticas anti-competitivas y en actos de competencia desleal, al favorecer a su propia red en detrimento de ella a partir de 2009. *eBizcuss* invocó la infracción del art. 1382 Código Civil francés (actual art. 1240), del art. L 420-2 Código de Comercio francés y del art. 102 TFUE. Se plantea la cuestión de si debe excluirse una *cláusula de elección del foro* para todo litigio relativo a un contrato y las relaciones derivadas de éste, cuando se ejerciten acciones indemnizatorias autónomas (*stand-alone actions*) en virtud de una supuesta infracción del artículo 102 TFUE, que no esté prevista específicamente en dicha cláusula. Dicho con otros términos, se solicita al Tribunal de Justicia que precise si y dentro de qué límites una cláusula atributiva

¹¹⁵ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, n° 4, 2016, pp. 239-240.

de competencia pactada entre las partes de un contrato de distribución puede desplegar sus efectos en litigios en los que se invoque una infracción del Derecho europeo de la competencia. Solución → Según una *primera interpretación*, tal cláusula atributiva de competencia sólo puede tenerse en cuenta siempre que se refiera *expresamente* a litigios relativos a la responsabilidad derivada de una infracción del Derecho de la competencia. Es la conclusión a la que llegó la sentencia *Cour de cassation* 7 octubre 2015: “*Attendu, cependant, que la Cour de justice de l’Union européenne a dit pour droit (arrêt Cartel Damage Claims c/ Akzo Nobel et autres, 21 mai 2015, C-352/13), que l’article 23, paragraphe 1, doit être interprété en ce sens qu’il permet, dans le cas où des dommages-intérêts sont réclamés en justice en raison d’une infraction à l’article 101 du Traité sur le fonctionnement de l’Union européenne, de prendre en compte les clauses attributives de juridiction contenues dans des contrats de livraison, même si une telle prise en considération a pour effet de déroger aux règles de compétence internationale prévues aux articles 5, point 3, et/ou 6, point 1, du règlement, à la condition que ces clauses se réfèrent aux différends relatifs à la responsabilité encourue du fait d’une infraction au droit de la concurrence*”¹¹⁶. Según una *segunda interpretación*, una cláusula atributiva de jurisdicción redactada en términos generales se aplica a las partes de un litigio relativo a un supuesto abuso de posición dominante en relación con el Derecho de la Unión. Ésta es la tesis interpretativa seguida por los primeros órganos jurisdiccionales que conocieron del asunto principal; pero también por el Informe del Abogado General Sr. NILS WAHL.

Mientras que la primera interpretación se inclina por la *víctima* de la supuesta conducta anti-competitiva, la segunda interpretación se inclina por la empresa con mayor poder de negociación, que suele coincidir con la empresa que tiene poder de mercado y sobre la que recaen las sospechas de haber infringido el Derecho antitrust europeo (*el potencial o real infractor*). Mientras que la primera interpretación está anclada en el *favor laesi*, la segunda se inclina por el *favor voluntatis* (formalmente, al menos, puesto que suelen ser contratos de adhesión en muchos casos).

Sin perjuicio de lo que diga, en su momento, el Tribunal de Justicia, cabe observar que, en efecto, hay que precisar cuál es el alcance de los *acuerdos de elección de foro*. Se trata de saber, en este caso concreto, si son válidos los acuerdos de elección de foro insertos en un *contrato de distribución*, cuando concurren *tres circunstancias*: 1ª) Son *previos* a la interposición de la acción; 2ª) se invocan frente a una *acción por daños anticompetitivos* (en concreto, por *abuso de posición dominante*); 3ª) configuran un *acuerdo de elección de foro asimétrico* que ha sido impuesto a la otra parte contratante por la empresa a la que supuestamente se acusa de abuso de posición dominante: Apple no ha renunciado al *forum loci delicti*. Por el contrario, sí que pretende impedir a la (potencial) víctima de su (supuesto) abuso de posición dominante que recurra a él. ¿Alguien sabría explicar cuáles son las ventajas para el comercio internacional de estos *acuerdos de elección de foro perfectamente asimétricos (cláusulas asimétricas de sumisión)*?¹¹⁷ Si, finalmente, se consideran válidos en el contexto de acciones por daños antitrust, se estará desincentivando la litigiosidad de las potenciales víctimas (Conclusiones del AG Sr. N. WAHL presentadas el 5 julio 2018, C-595/17, *Apple Sales International, Apple Inc., Apple retail France EURL/ MJA, en calidad de liquidador de eBizcuss.com [eBizcuss]*).

a) Requisitos de validez del acuerdo de sumisión

4.7 El art. 25 RB I-bis regula la *sumisión expresa*¹¹⁸. Para producir los efectos que le son propios, el acuerdo atributivo de competencia o acuerdo de sumisión expresa debe cumplir tres tipos de exigencias o requisitos:

¹¹⁶ Arrêt n° 1053 du 7 octobre 2015 (14-16.898), Cour de cassation, Première chambre civile, ECLI:FR:CCASS:2015:C101053.

¹¹⁷ *Vid.* epígrafe II, 4, b. *Vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 250 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

¹¹⁸ *Vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 221-264 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); U. MAGNUS, “Article 25”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, pp. 584-669.

- 1º) *Requisitos de validez procesal*. Se contienen en el mismo art. 25 RB I-bis y en otras disposiciones generales del Reglamento Bruselas I-bis. Se exige: (a) Que exista un auténtico “*acuerdo atributivo de competencia*”, un pacto entre las partes en cuya virtud se designan los tribunales competentes para conocer de los litigios que hayan surgido o puedan surgir entre tales partes; (b) Que se elijan como competentes los tribunales de un Estado miembro; (c) Que el litigio al que se refiere el acuerdo afecte a una “situación internacional”; (d) Que el asunto sometido pertenezca a materia “contenciosa” y no de “jurisdicción voluntaria”; (e) Que el acuerdo no afecte a materias que son objeto de las competencias exclusivas de tribunales de los Estados miembros (art. 25.4, art. 24 RB I-bis y Cons. [19] RB I-bis); (f) Que el acuerdo expreso de sumisión se refiera a los litigios nacidos o que pudieran nacer con ocasión de una determinada y concreta relación jurídica.
- 2º) *Requisitos de validez formal*. Se regulan también en el mismo art. 25 RB I-bis, que exige el respeto a una forma determinada *ad solemnitatem*. El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse: (a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; (b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o (c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.
- 3º) *Requisitos de validez sustancial*. Son los requisitos relativos a la capacidad de las partes y al consentimiento de las mismas para pactar la sumisión a los tribunales de un Estado miembro. Se rigen por la Ley del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos por las partes de modo exclusivo, incluidas sus normas de conflicto de leyes

48. Estas cláusulas de sumisión expresa están sujetas a los requisitos de validez antes nombrados y a ningún otro: *Carácter cerrado de los requisitos de validez de las cláusulas de sumisión*. En particular, un tribunal de un Estado miembro no puede negarse a dar validez a una cláusula de sumisión por el hecho de que sospeche que el tribunal designado en la misma va a ser parcial o no va a hacer justicia o no va a respetar el Derecho europeo¹¹⁹.

a’) Requisitos de validez procesal

49. Se contienen en el mismo art. 25 RB I-bis y en otras disposiciones generales del Reglamento Bruselas I-bis. Se trata de los siguientes:

50. a) *Existencia de un auténtico acuerdo inter partes sobre el tribunal competente*. Debe concurrir un auténtico “*acuerdo atributivo de competencia*”, que es la dicción literal del art. 25.1 *in fine* RB I-bis. El precepto exige que las partes hayan acordado que litigarán ante un tribunal o tribunales concretos de un Estado miembro. Debe existir un acuerdo entre las partes en tal sentido. Es decir, debe quedar claro que el “*acuerdo atributivo de competencia*” ha sido, efectivamente, objeto de un consentimiento manifestado por ambas partes¹²⁰. En la práctica, este “*acuerdo atributivo de competencia*” se conoce, igualmente, como “acuerdo de sumisión” o “convención atributiva de jurisdicción”¹²¹. La STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 63, corrobora que: “[...] *so pena de frustrar la finalidad del Reglamento n° 44/2001, el tribunal remitente no puede negarse a tener en cuenta una cláusula atributiva de competencia que se ajuste a las exigencias del artículo 23 de ese Reglamento, por la sola razón de que considere que el tribunal designado por esa cláusula no garantizaría el pleno efecto del principio de aplicación eficaz de la prohibición de los cárteles, al no permitir que la víctima de un cártel obtuviera la reparación completa del perjuicio que hubiera sufrido. [...]*”.

¹¹⁹ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 63.

¹²⁰ STJUE 7 julio 2016, C-222/15, *Hőszig*, ECLI:EU:C:2016:525, § 38.

¹²¹ STJCE 10 marzo 1992, C-214/89, *Powell Duffryn/Petereit*, ECLI:EU:C:1992:115; STJUE 21 mayo 2015, C-322/14, *El Majdoub*, ECLI:EU:C:2015:334, § 29.

El concepto de “*acuerdo atributivo de competencia*” es un “concepto europeo”, esto es, un concepto propio del Reglamento Bruselas I-bis, que no debe definirse con arreglo al Derecho nacional de ningún Estado miembro¹²². Se trata, en definitiva, de un acuerdo entre las partes que refleja su voluntad de que la controversia se decida por un concreto tribunal de un Estado miembro¹²³. Es totalmente indiferente el Estado, miembro o no miembro, en el que las partes tengan su domicilio.

El art. 25.1 RB I-bis ha eliminado la exigencia de que al menos una de las partes en el acuerdo, ya sea el demandante o ya sea el demandado, deba tener su domicilio en el territorio de un Estado miembro¹²⁴. Esta supresión simplifica la aplicación del art. 25 RB I-bis, refuerza de manera muy sólida el respeto que las partes deben observar a los pactos de litigación que hayan acordado, y elimina los problemas de pluralidad de domicilios y de cambios de domicilios en el tiempo antes y durante el proceso judicial.

51. b) Elección de tribunales de un Estado miembro. El pacto de sumisión expresa debe atribuir competencia a los tribunales de un Estado miembro del Reglamento Bruselas I-bis. En efecto, el objetivo del Reglamento Bruselas I-bis no estriba en determinar los casos en los que los tribunales de “terceros Estados” son competentes, sino los casos en los que son competentes los tribunales de los Estados miembros, y, además, los terceros Estados no han participado en la adopción del Reglamento. Por ello, el art. 25 RB I-bis no es aplicable a los pactos de elección de tribunales de terceros Estados¹²⁵.

52. c) El litigio debe afectar a una “situación internacional”. El art. 25 RB I-bis sólo se aplica a los acuerdos de sumisión que se refieren a situaciones jurídicas “internacionales”¹²⁶. No se aplica a los acuerdos de sumisión relativos a situaciones jurídicas meramente “internas” o “nacionales”. Esta exigencia procesal de internacionalidad de la situación constituye, en realidad, un presupuesto de aplicación de todo el Reglamento Bruselas I-bis recogido en el art. RB I-bis, y no sólo del art. 25 RB I-bis.

Varios datos deben destacarse sobre esta compleja cuestión:

- 1º) *Elementos de extranjería.* La internacionalidad debe derivar de los factores presentes en el litigio: domicilio de las partes en diferentes Estados, objeto del litigio, etc¹²⁷.
- 2º) *Momento de apreciación del elemento extranjero.* La internacionalidad del litigio puede concurrir tanto en el momento de conclusión del pacto de sumisión como en el momento de inicio del proceso (H. GAUDEMET-TALLON, P. GOTHOT / D. HOLLEAUX, G.A.L. DROZ), aunque hay quien opina que debe concurrir sólo en el momento de la conclusión del pacto de sumisión¹²⁸.
- 3º) *La nacionalidad como elemento extranjero en el acuerdo de sumisión expresa.* El art. 25 RB I-bis calla sobre esta cuestión concreta. Este silencio hizo que gran parte de la doctrina defendiese la respuesta negativa, pues la nacionalidad constituye un factor plena y conscientemente ignorado por el Reglamento Bruselas I-bis (H. GAUDEMET-TALLON, A. HUET, G.A.L. DROZ, D. ALEXANDRE). Sin embargo, el TJUE y otros autores (A. MARTIN-SERF) han sostenido que la mera presencia de un litigante extranjero permite aplicar el art. 25 RB I-bis. El

¹²² STJUE 7 julio 2016, C-222/15, *Höszig*, ECLI:EU:C:2016:525, § 29; STJUE 7 febrero 2013, C-543/10, *Refcomp*, ECLI:EU:C:2013:62, §§ 21 y 27; STJUE 20 febrero 1997, C-106/95, *MSG/Les Gravières Rhénanes*, ECLI:EU:C:1997:70, §§ 15-17; STJUE 16 marzo 1999, C-159/97, *Castelletti*, ECLI:EU:C:1999:142, § 19.

¹²³ STS 5 mayo 2016 (sumisión a tribunales españoles), SAP Vizcaya 26 mayo 2011 (cesión de futbolista profesional a club extranjero).

¹²⁴ AAP Madrid 16 enero 2012 [CENDOJ 28079370282012200003] (contrato de transporte de langostinos congelados desde India a España en régimen de conocimiento de embarque), AAP Pontevedra 4 febrero 2010 (sumisión a favor de tribunales portugueses), STJCE 17 enero 2006, C-1/04, *Staubitz-Schreiber*, ECLI:EU:C:2006:39, Sent. Cour Cass. Francia 4 octubre 2005 e Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, núm. 105 en DOUE 13 diciembre 2009, STJCE 13 noviembre 1979, 25/79, *Sanicentral*, ECLI:EU:C:1979:255.

¹²⁵ STJUE 15 noviembre 2012, C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung y otros*, ECLI:EU:C:2012:719, § 36 (elección de tribunales islandeses); SAP Valencia 8 noviembre 2016 [JUR\2017\14921] (sumisión a tribunales de Londres y conocimiento de embarque y mercancía destruida en Orán), Auto JPI de Moncada (Valencia) 10 mayo 2017 [ECLI:ES:JPII:2017:4A] (sumisión a tribunales de California).

¹²⁶ STJUE 7 febrero 2013, C-543/10, *Refcomp*, ECLI:EU:C:2013:62, § 17.

¹²⁷ AAP Tarragona 10 junio 2004 (es “internacional” el litigio derivado de un contrato entre dos empresas españolas, una de las cuales es filial de empresa extranjera)

¹²⁸ Sent. Cour Cassation Francia 4 octubre 2005.

TJUE ha declarado que el Reglamento Bruselas I-bis es aplicable cuando el único elemento extranjero presente en el supuesto es la nacionalidad extranjera de una de las partes¹²⁹.

- 4º) *Litigios plenamente internos con elección de un tribunal extranjero*. Los litigios en los que el único “elemento de internacionalidad” es la elección de un tribunal extranjero, suscitan agudos problemas. Se plantea, en efecto, la duda de saber si, en el supuesto de un caso en el que no concurre ningún elemento extranjero (= las partes disponen de su domicilio en el mismo Estado miembro, la relación jurídica entre tales partes y la situación litigiosa están vinculadas exclusivamente con dicho Estado miembro), pueden los litigantes elegir de modo expreso un tribunal de otro Estado miembro como únicamente competente para conocer de los litigios entre las mismas. El Reglamento Bruselas I-bis guarda un total silencio al respecto (M. AUDIT). Por ello, varias tesis se han mantenido: (1) *Tesis objetivista*. Es la tesis mayoritaria. Con arreglo a la misma, las partes no pueden convertir en “internacional” una situación “objetiva y meramente interna” por el simple hecho de elegir un tribunal de otro Estado miembro como competente (P. GOTHOT / D. HOLLEAUX, P. SCHLOSSER, B. AUDIT, Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, núm. 104 en DOUE 13 diciembre 2009, etc.). En efecto, Esta tesis se edifica sobre tres argumentos. Primero, esta posibilidad fomentaría el fraude al Derecho Procesal del Estado con el litigio está “naturalmente conectado” y arruinaría “la autoridad de la Ley”, lo que no es conveniente. Segundo, debe recordarse que el Reglamento Bruselas I-bis sólo se aplica a supuestos “internacionales” (= *vid.* Cons. 4 y 15 RB I-bis, que se refieren a los “conflictos de jurisdicción”), de modo que los casos “meramente internos” se rigen por el Derecho Procesal de cada Estado Miembro y no por el Reglamento Bruselas I-bis (D. ALEXANDRE, J. KROPHOLLER, P. MAYER / V. HEUZÉ). Tercero, el Reglamento Bruselas I-bis no otorga ninguna relevancia jurídica a esta “elección artificial” del tribunal competente, a diferencia del Reglamento Roma I de 17 junio 2008 [ley aplicable a las obligaciones contractuales], texto éste que sí lo hace en relación con la elección de Ley aplicable a los contratos objetivamente nacionales, que puede recaer en una Ley extranjera. Por ello, debe suponerse, *a contrario sensu*, que el legislador de la UE, pudiendo haber atribuido efectos legales a esta elección, no quiso hacerlo; (2) *Tesis subjetivista*. La elección de un tribunal extranjero hace que la situación sea ya “internacional” (P. JENARD, J.P. BÉRAUDO, G.A.L. DROZ). Esta segunda tesis sintoniza con una economía globalizada, en la que litigar en país extranjero puede ser más conveniente que litigar en el propio país; aunque el litigio no contenga “elementos extranjeros objetivos”. Sin embargo, su base legal es más endeble, razón por la que, *de lege lata*, la primera tesis parece preferible.

53. d) *El asunto sometido debe constituir materia “contenciosa” y no de “jurisdicción voluntaria”*. En los actos de jurisdicción voluntaria no existe “demanda” ni se ejercita propiamente una “acción”, ni el tribunal ejerce función “jurisdiccional”¹³⁰. No hay “partes” que puedan someterse a ningún tribunal. Por tanto, para que exista un acuerdo atributivo de competencia entre varias “partes”, válido con arreglo al art. 25 RB I-bis, es preciso que el asunto al que se refiere dicho acuerdo sea un asunto contencioso. En efecto, en los casos de jurisdicción voluntaria no existen “partes” que puedan “acordar” la elección de un tribunal competente.

54. e) *Materias sobre las que no cabe sumisión expresa*. El acuerdo de sumisión puede referirse, en principio, a cualquier litigio suscitado con ocasión de cualquier relación jurídica en materia civil y mercantil cubierta por el Reglamento Bruselas I-bis (art. 1 RB I-bis). Ahora bien, desde el punto de vista de la materia a la que se refiere el pacto de sumisión, la regla general anterior conoce dos poderosos límites:

- 1º) *Primer límite. Respeto de las competencias exclusivas de los Estados miembros*. El acuerdo de sumisión expresa no puede versar sobre materias que sean objeto de las competencias

¹²⁹ STJUE 17 noviembre 2011, C-327/10, *Hypoteční banka*, ECLI:EU:C:2011:745, §§ 29-33.

¹³⁰ SAP Pontevedra 21 diciembre 2006 [CENDOJ 36038370012006100756] (depósito judicial de efectos ante Juzgado español).

exclusivas de tribunales de los Estados miembros (art. 25.4 y 24 RB I-bis y Cons. [19] RB I-bis). En cualquier otra materia cubierta por el Reglamento Bruselas I-bis pero que no es objeto de competencia exclusiva de un Estado miembro, la sumisión es perfectamente posible. Es el caso de los contratos de edición y la infracción de los derechos de propiedad intelectual¹³¹. Ello comporta varias consecuencias: (a) El pacto de sumisión que atribuye a tribunales de un Estado miembro el conocimiento de litigios que versan sobre materias objeto de competencia exclusiva de tribunales de otro Estado miembro, es nulo de pleno Derecho¹³²; (b) En los casos objeto de las competencias exclusivas relacionadas en el art. 24 RB I-bis, el art. 25 RB I-bis no permite a las partes elegir un “concreto tribunal competente” de entre los tribunales del Estado al que corresponde la competencia exclusiva. El Derecho Procesal de dicho Estado precisa la competencia territorial y determina si dicho pacto inter partes es válido o no lo es (G.A.L. DROZ); (c) Cuando las partes han sometido sus diferencias a un concreto tribunal, dicha sumisión no alcanza a las medidas de ejecución que deban o puedan dictarse para ejecutar lo que haya dispuesto el tribunal elegido por las partes¹³³.

2º) *Segundo límite. Acuerdos de sumisión y litigios con “parte débil”*. En determinadas materias, los acuerdos de sumisión deben respetar ciertos límites de fondo y de forma, con el fin de impedir que la parte fuerte de una relación jurídica imponga una determinada elección de tribunal competente a la “parte débil” de misma relación jurídica. Así ocurre respecto de los casos de *trust* (art. 25.3 y 4 RB I-bis)¹³⁴, contratos celebrados por consumidores (art. 19 RB I-bis), materia de seguros (art. 15 RB I-bis)¹³⁵, y contratos individuales de trabajo (art. 23).

55.f) Sumisión relativa a litigios concretos. El acuerdo expreso de sumisión debe referirse a los litigios nacidos o que pudieran nacer con ocasión de una determinada relación jurídica: “*Una cláusula atributiva de competencia sólo puede abarcar las controversias nacidas o que puedan nacer de una relación jurídica determinada, lo que limita el alcance de un pacto atributivo de competencia únicamente a las controversias que tengan su origen en la relación jurídica con ocasión de la cual se estipuló esa cláusula. [...]*”¹³⁶. En consecuencia, es nula la cláusula de sumisión expresa pactada en relación a toda divergencia, presente y/o futura, que pueda nacer entre varias partes, conocidas como “cláusulas escoba” (“*clauses balai*”). Esta “sumisión global” está prohibida (B. AUDIT)¹³⁷. La sumisión puede afectar a litigios pasados, presentes y futuros, pero siempre que deriven de una concreta relación jurídica¹³⁸.

La razón de ser de esta prohibición de las “cláusulas escoba” radica en que las partes deben poder prever la competencia del juez pactado y eso sólo es posible si las partes saben, *ex ante*, a qué controversias hace referencia la sumisión: “*Esa exigencia tiene como objetivo evitar que una parte contratante sea sorprendida por la atribución a un foro determinado de todas las controversias que puedan surgir en las relaciones que mantiene con la otra parte contratante, y que nacieran de relaciones distintas de aquellas con ocasión de las cuales se pactó la atribución de competencia [...]*”¹³⁹. De ese modo, se evita que una parte sea sorprendida por la atribución a un tribunal determinado de todas las controversias que

¹³¹ SAP Barcelona 12 septiembre 2013 [CENDOJ 08019370152013100297] (cesión de derechos de propiedad intelectual y contrato de edición).

¹³² STS 11 febrero 2002.

¹³³ STS 18 diciembre 2009 (ejecución en España de *order* inglesa en la que se dispone la venta forzosa de acciones de sociedades españolas).

¹³⁴ *Vid.* Ord. Trib. Napoli 31 marzo 2015 (elección de tribunal competente en un *trust*): el acuerdo de competencia contenido en un *trust* regulado por la ley de Jersey vincula al constituyente y también al *trustee* y a los beneficiarios pero no a los terceros respecto del *trust*.

¹³⁵ *Vid., ad ex.*, C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Contrato internacional de seguro”, en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIR.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, pp. 1079-1113 (pp. 1091-1092); P. MANKOWSKI, “Eine Gerichtsstandsvereinbarung im Haftpflichtversicherungsvertra entfaltet keine Derogationswirkung gegen den geschädigten Direktkläger (zu EuGH, 13.7.2017, Rs. C-368/16, Assens Havn vs. Navigators Management (UK) Ltd., unten S. 259, Nr. 18)”, *IPRax*, 38, 3, 2018, pp. 233-238.

¹³⁶ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 68.

¹³⁷ STJCE 10 marzo 1992, C-214/89, *Powell Duffryn/Petereit*, ECLI:EU:C:1992:115, § 31.

¹³⁸ STJUE 7 julio 2016, C-222/15, *Hőszig*, ECLI:EU:C:2016:525, § 33.

¹³⁹ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 68.

puedan surgir en las relaciones que mantiene con la otra parte y que nacieran de relaciones distintas de aquéllas con ocasión de las cuales se pactó la atribución de competencia¹⁴⁰. Esto significa, como apunta el Tribunal de Justicia, que: “Atendiendo a ese objetivo, el tribunal remitente deberá considerar en especial que una cláusula que se refiere en abstracto a las controversias que surjan en las relaciones contractuales no abarca una controversia acerca de la responsabilidad delictual en la que hubiera incurrido supuestamente una parte contratante a causa de su conducta en el ámbito de un cártel ilícito”¹⁴¹. Así, si en un contrato de compraventa se pacta la sumisión a un tribunal en el caso de “controversias que surjan en las relaciones contractuales” entre las partes, y se descubre que una de las partes participaba en un cártel ilegal, las acciones que la parte perjudicada puede ejercitar contra la parte que participó en el cártel no están cubiertas por esta cláusula de sumisión. En efecto, la responsabilidad delictual en la que hubiera podido incurrir una de las partes contratantes a causa de su participación en el cártel ilícito no está cubierta por la cláusula de sumisión, que únicamente debe cubrir los litigios derivados del contrato de compraventa. Para que la cláusula de sumisión cubra los litigios derivados de la responsabilidad derivada de una infracción del Derecho de la competencia es preciso que dicha cláusula haga expresa referencia a “las controversias sobre la responsabilidad incurrida a causa de una infracción del Derecho de la competencia” y que designe como competente a un tribunal de un Estado miembro¹⁴². Sólo en tal caso, quedan excluidas las reglas especiales de competencia recogidas en los arts. 7 y 8 RB I-bis.

56. ➤ Caso 1. En este sentido, la High Court of England and Wales se pronunció en el asunto *Provimi*, resolviendo la cuestión de la extensión de la cláusula de sumisión recogida en un contrato a la responsabilidad extracontractual derivada de la infracción del Derecho antitrust (High Court of England and Wales, *Provimi et al. v Aventis et al.*, [2003] 2 All ER (Comm) 683 [6 May 2003]). El asunto *Provimi* traía causa de una entente llevada a cabo por varias empresas de vitaminas (Decisión de la Comisión de 21 de noviembre 2001, asunto COMP/E-1/37.512 –*Vitaminas*). Las trece empresas sancionadas eran fabricantes de vitaminas A, E, B1, B2, B5, B6, C, D3, H, ácido fólico, betacaroteno y carotinoides, y abastecían a la Comunidad y el EEE. Estas entidades acordaron fijar precios en el mercado y asignar cuotas de venta; además crearon un dispositivo de supervisión del cumplimiento de los acuerdos. El mercado afectado era el EEE; aunque la Comisión consideró que cada vitamina podría tener un mercado mundial. La Comisión descubrió diferentes acuerdos relativos a las distintas vitaminas, en los participaban diferentes empresas. La duración de la infracción dependía del cartel del que hablemos: los acuerdos que más se extendieron en el tiempo estuvieron en vigor desde el año 1989 hasta el año 1999.

En el caso *Provimi*, los demandantes reclamaron una indemnización por los perjuicios sufridos por haber tenido que comprar vitaminas a un precio superior al que habría en el mercado de no haber existido la entente que infringía el Derecho europeo de la competencia. La compañía *Trouw Germany* interpuso demanda de reclamación de daños frente a la empresa *Roche UK* alegando el foro del artículo 2 del Reglamento 44. También actuó contra otras dos compañías suizas y, para ello, la empresa alemana utilizó el Convenio de Lugano, el artículo 6.1 en concreto. Por último, para demandar a *Roche Germany* utilizó el foro del litisconsorcio pasivo del artículo 6.1 del Reglamento 44 para atraer la competencia hacia Inglaterra. Esta compañía demandada, *Roche Germany*, alegó la sumisión expresa a los tribunales alemanes que existía en el contrato de compraventa, para que el foro del artículo 6.1 no pudiera funcionar. El tribunal inglés consideró que la cláusula de sumisión del contrato de compraventa no incluía en su ámbito de aplicación las reclamaciones por la infracción del Derecho europeo de la competencia, por ello entendió que no había sumisión y que podía entrar en juego el foro del artículo 6.1 para atraer la competencia a los tribunales ingleses. Solución → Los argumentos que utilizó el tribunal inglés para excluir de la cláusula de sumisión la responsabilidad extracontractual fueron los siguientes (F. W. BULST). *En primer lugar*, el órgano jurisdiccional inglés considera que los tribunales elegidos en el pacto de sumisión no son competentes para dirimir asuntos de este tipo, derivados de la vulneración del Derecho antitrust. *En segundo lugar*, los daños reclamados no pueden derivar de actuaciones fraudulentas. En el caso en cuestión, el tribunal inglés considera que el contrato de

¹⁴⁰ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 68.

¹⁴¹ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 69.

¹⁴² *Vid., ad ex.*, C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 188.

compraventa con *Roche Germany* fue firmado en condiciones de engaño, ya que, la demandante acordó la compra considerando que el precio se había fijado en condiciones competitivas de mercado. En último lugar, un juez alemán consideraría que la reclamación de daños no está incluida en el ámbito de aplicación de la cláusula de sumisión puesto que puede entender que esta demanda de responsabilidad extracontractual no surge de la relación contractual entre las partes, sino del hecho de que *Roche Germany* formaba parte de un cartel de precios ya antes de concluir el contrato de compraventa con la demandante.

57. ➤ *Caso 2. Ryanair contra Esso Italiana*. La compañía Ryanair concluyó varios contratos de suministro de jet fuel en los aeropuertos italianos con la italiana Esso srl. Estos contratos se concluyen entre 1999 y 2006. En ellos, había una cláusula de sumisión a los tribunales ingleses (Clause 12.1), cuyo tenor literal era el siguiente: “*This Agreement contains the entire agreement of the parties with respect to the subject matter hereof and there are no other promises, representations or warranties affecting it. This Agreement cannot be modified in any way except in writing signed by the parties. No claims shall be made hereunder for prospective profits or for indirect or consequential damages except as otherwise provided in the footnotes attached to the schedule. This Agreement shall be governed by the laws of England excluding its conflict of law rules and the United Nations Convention on the International Sale of Goods Act shall not apply. For the purposes of the resolution of disputes under this Agreement, each party expressly submits itself to the non-exclusive jurisdiction of the Courts of England.*”. El 14 junio 2006, la Autoridad Nacional de la Competencia italiana condenó a varias compañías, entre las que se encontraba Esso, por haber participado en un cártel en el mercado de los carburantes contrario al art. 101 TFUE, consistente en el intercambio de información sensible sobre venta de jet fuel en los aeropuertos italianos. La compañía aérea irlandesa demandó a Esso Italiana, ante los tribunales ingleses, por daños y perjuicios como consecuencia de los precios excesivos que Esso había fijado al fuel para aeronaves, cosa que también habían hecho los demás integrantes del cártel. El debate se centró en saber cuál era el alcance del acuerdo de elección de foro: Si éste aprehendía a los daños por infracción de disposiciones legales. Se discutió si era aplicable la *presumption of one-stop adjudication*; es decir, si era pertinente, como sostuvo la decisión de la *House of Lords* en el pasado, que hombres racionales (*rational businessmen*), que son partes en un contrato, supondrán que todas las cuestiones suscitadas por su relación jurídica serán resueltas en el mismo tribunal, salvo que se diga claramente otra cosa (*Fiona Trust & Holding Corp v. Privalov* [2007] UKHL 40). Solución → La *Court of Appeal* rechazó que el acuerdo de elección de foro previsto para las cuestiones contractuales abarcase también las cuestiones indemnizatorias relativas a ilícitos antitrust: “[...] *rational businessmen would be surprised to be told that a non-exclusive jurisdiction clause bound or entitled the parties to litigate in a contractually agreed forum an entirely non-contractual claim for breach of statutory duty pursuant to Article 101 TFEU, the essence of which depended on proof of unlawful arrangements between the seller and third parties with whom the buyer had no relationship whatsoever, and the gravamen of which was a matter which probably affected many other potential claimants, with whom such a buyer might very well wish to link itself*” (*Ryanair Ltd v Esso Italiana Srl* [2013] EWCA Civ 1450 (19 November 2013), § 46)¹⁴³.

b’) Requisitos de validez formal

58. Para que el *acuerdo atributivo de competencia* sea válido debe cumplir ciertos *requisitos de forma* especificados en el mismo art. 25.1 RB I-bis *in fine*¹⁴⁴. Varias observaciones deben realizarse en relación con este aspecto.

1º) *Carácter imperativo de las exigencias formales*. Estos requisitos de forma del acuerdo de sumisión constituyen requisitos de “forma *ad solemnitatem*”. Ello significa que si tales re-

¹⁴³ *Vid., ad ex.*, M. REQUEJO ISIDRO, “Cartel Damage Claims, Non-Exclusive Jurisdiction Clauses and the ‘One-Stop Shop’ Presumption: What Do Rational and Reasonable Businessmen Really Want?”, 28 noviembre 2013, disponible en *conflict-flaws.net*, consultado por última vez el 19 marzo 2018.

¹⁴⁴ STJUE 7 febrero 2013, C-543/10, *Refcomp*, ECLI:EU:C:2013:62, § 25; STJUE 20 abril 2016, C-366/13, *Profit Investment SIM*, ECLI:EU:C:2016:282, § 23.

quisitos formales no se verifican, la sumisión es nula de pleno derecho *tamquam non esset*¹⁴⁵. Y a sensu contrario, si se verifican tales requisitos de forma recogidos en el art. 25.1 RB I-bis, el pacto de sumisión es formalmente válido, sin que pueda exigirse el cumplimiento de otros requisitos de forma suplementarios requeridos por la legislación procesal nacional del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto¹⁴⁶.

- 2º) *Razón de ser de estos requisitos formales*. En el pasado y bajo el art. 23 R.44/2001, el TJUE dejó claro que requisitos formales se exigen porque su concurrencia garantiza que “*que la cláusula atributiva de competencia ha sido, efectivamente, fruto de un consentimiento, manifestado de manera clara y precisa por ambas partes*”¹⁴⁷. Esta perspectiva debe ahora completarse con lo que dispone el art. 25.1 RB I-bis, en el sentido de que, además de verificarse tales requisitos formales, el acuerdo atributivo de competencia debe ser válido “*en cuanto a su validez material*” según el Derecho del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos.
- 3º) *Elenco de los concretos requisitos de forma*. Pues bien, el acuerdo de sumisión debe hacerse (art. 25 RB I-bis): a) Por escrito; b) O verbalmente con confirmación escrita; c) O en una forma que se ajustare a los hábitos que las partes tuvieran establecidos entre ellas; d) O en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

c’) Requisitos de validez sustancial

59. El art. 25.1 RB I-bis indica que, para producir los efectos que le son propios, el acuerdo atributivo de competencia no debe ser “*nulo de pleno derecho en cuanto a su validez material*” (Cons. [20] RB I-bis). A este respecto conviene subrayar diversos datos:

- 1º) *El acuerdo de sumisión es un contrato separado. Principio de “severability”*. El acuerdo de sumisión constituye, en realidad, un acuerdo separado del contrato en el que se inserta o al que se refiere. Por ello, el acuerdo de sumisión puede ser válido y el contrato puede ser nulo y viceversa¹⁴⁸. Lo indica de modo expreso el art. 25.5 RB I-bis. El acuerdo atributivo de competencia es, en sí mismo, un contrato. Es un contrato de elección del tribunal competente. Pues bien, al ser un “contrato” se le debe exigir, para su validez y efectos jurídicos, que se observe la forma legalmente exigida, así como una concreta capacidad legal de las partes y un consentimiento libre y puro de dichas partes que eligen el tribunal competente. El art. 25 RB I-bis regula de modo directo las exigencias formales del acuerdo atributivo de competencia.
- 2º) *Aplicación global del Derecho del Estado miembro cuyos tribunales han sido presuntamente elegidos*. El art. 25.1 RB I-bis señala que las exigencias de sustanciales o de fondo, esto es, la capacidad legal de las partes y el consentimiento de las mismas al respecto, deben valorarse con arreglo al Derecho del Estado miembro cuyos tribunales han sido presuntamente elegidos por las partes. La dicción del precepto es general. Por ello puede afirmarse que el art. 25 RB I-bis se remite a todas las normas del Derecho del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos, lo que incluye, naturalmente, “*las normas sobre conflictos de leyes de dicho Estado miembro*”, como expresamente indica el Cons. [20] RB I-bis. Algunos Estados miembros disponen de normativas específicas que regulan, de modo directo y material, la validez de las cláusulas de sumisión jurisdiccional en cuanto al consentimiento de las

¹⁴⁵ Sent. Trib. Rovereto, Italia, 24 agosto 2006.

¹⁴⁶ SAP Alicante 24 febrero 2014 (contratación internacional turística y cláusula de sumisión expresa redactada en idioma inglés), Ordenanza Corte Cass. Italia 20 febrero 2007 (exigencia de redacción en un determinado idioma).

¹⁴⁷ STJUE 7 julio 2016, C-222/15, *Höszig*, ECLI:EU:C:2016:525, § 37.

¹⁴⁸ M. HERRANZ BALLESTEROS, “The regime of party autonomy in the Brussels I recast: the solutions adopted for agreements on jurisdiction”, *Journal of Private International Law*, 10, 2, 2014, pp. 291-308 (pp. 297-298); J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 11.

partes. Así, el Derecho francés trata de evitar una solución conflictual, de modo que el juez francés debe investigar, a partir de los datos del caso, si las partes han consentido realmente en dicha cláusula, sin necesidad de referirse a ninguna Ley estatal concreta. La aplicación de la Ley del Estado cuyos tribunales han sido presuntamente elegidos, incluidas sus normas de DIPr., parece una solución complicada, pues puede comportar un “reenvío” (A. NUYTS). Sin embargo, la solución es lógica, previsible, segura y evita el *Forum Shopping*. Cualquiera que sea el Estado miembro ante cuyos tribunales surja la cuestión de la validez material de la cláusula de sumisión, la Ley aplicable a dicha cuestión será la misma.

- 3º) *Desarrollo para el Derecho español*. El art. 25 RB I-bis se remite a la Ley del Estado miembro cuyos tribunales han sido presuntamente elegidos por las partes. Si tal Estado miembro es España, ello significa lo siguiente
- a) *Capacidad para pactar la elección del tribunal competente*. Se rige por la Ley estatal a la que remiten las normas de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto. En España es aplicable la Ley nacional de cada parte (art. 9.1 CC). De este modo, por ejemplo, si dos ciudadanos croatas que litigan entre sí han elegido como competentes los tribunales de Madrid, la capacidad de tales personas para pactar dicha sumisión se regirá por la Ley croata (art. 9.1 CC).
 - b) *Consentimiento en la elección del tribunal competente*. Se rige por la Ley estatal a la que conduce el Reglamento Roma I (Ley aplicable a los contratos internacionales), pues el pacto de sumisión es un “contrato”. Las partes pueden elegir la Ley aplicable a su pacto de elección de tribunal y en defecto de tal elección, deberá aplicarse la Ley material del Estado miembro cuyos tribunales se han elegido, por ser la Ley del Estado con el que el supuesto presenta una vinculación más estrecha (art. 4.4 RR-I). De este modo, por ejemplo, si dos ciudadanos croatas que litigan entre sí han elegido como competentes los tribunales españoles, la Ley que rige su consentimiento en la elección de los tribunales españoles debe ser la Ley que las partes eligieran al efecto (art. 3.1 RR-I), y a falta de tal elección, la Ley material española (art. 4.4 RR-I).

60. Varios datos adicionales deben tenerse presentes:

- 1º) *Insuficiencia de las exigencias formales del art. 25 RB I-bis*. No basta con que la cláusula de sumisión se ajuste a las exigencias formales requeridas por el art. 25 RB I-bis para presumir que ha sido acordada libremente por partes que disponen de capacidad legal al efecto¹⁴⁹. La capacidad y el consentimiento de las partes en la elección de los tribunales competentes debe ajustarse a las exigencias legales establecidas por la Ley del Estado miembro cuyos tribunales han sido presuntamente elegidos por dichas partes.
- 2º) *Caso especial. Elección de varios tribunales competentes de diferentes Estados miembros*. Cuando las partes eligen uno o varios tribunales competentes de un mismo Estado miembro, la validez material de dicho acuerdo se rige por el Derecho de dicho Estado miembro. Sin embargo, cuando las partes eligen como competentes los tribunales de varios Estados miembros, el acuerdo debe “descomponerse” en varios acuerdos distintos, uno por cada tribunal elegido. De ese modo, la validez material de cada sub-acuerdo se rige por la Ley del Estado cuyos tribunales han sido elegidos (Cons. [20] RB I-bis).
- 3º) *Imposibilidad de elección de la Ley aplicable al contrato de elección de tribunal o acuerdo atributivo de competencia*. Aunque el acuerdo atributivo de competencia es un “contrato”,

¹⁴⁹ Vid. antes del Reglamento Bruselas I-bis: SAP Barcelona 29 marzo 2010 [CENDOJ 08019370012010100149] (sumisión a tribunales de Barcelona); AAP Barcelona 3 diciembre 2008 [CENDOJ 08019370172008200220] (sumisión expresa a favor de tribunales alemanes y contrato de distribución y agencia); STJCE 9 noviembre 2000, C-387/98, *Coreck Maritime*, ECLI:EU:C:2000:606; STJCE 20 febrero 1997, C-106/95, *MSG/Les Gravières Rhénanes*, ECLI:EU:C:1997:70; STJCE 9 diciembre 2003, C-116/02, *Gasser*, ECLI:EU:C:2003:657; STJUE 20 abril 2016, C-366/13, *Profit Investment SIM*, ECLI:EU:C:2016:282, § 27.

las partes no pueden elegir la Ley aplicable a dicho contrato. El art. 25 RB I-bis impone, imperativamente, la aplicación del Derecho material del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos por las partes. Como escribe J.-P. BERAUDO, la cláusula de elección de tribunal es autónoma (= separable) respecto del contrato en el que se inserta, pero las partes carecen de autonomía de voluntad conflictual para señalar la Ley aplicable a la validez material de dicha cláusula: autonomía sin autonomía. Se asemeja este régimen al que dispensa el Reglamento Roma I a los contratos de elección de Ley aplicable al contrato (art. 3 RR-I). Las partes no disponen de autonomía de la voluntad conflictual para señalar la Ley aplicable a tales contratos de elección de Ley.

61. Cabe, pues, preguntarse cuál es la *Ley aplicable al consentimiento de las partes en el pacto de sumisión expreso regulado en el art. 25 RB I-bis*. Existen muchas incertidumbres sobre cómo integrar la laguna legal existente al respecto en Derecho español. Varias tesis se han mantenido al respecto: (a) Antes de la entrada en escena del Reglamento Roma I, numerosos tribunales de los Estados miembros optaron en favor de una aplicación por analogía del Convenio de Roma de 1980 a estas cuestiones (U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, M. FALLON). Con ello se consigue que el Derecho que regula el contrato sea el mismo que el Derecho que regula estas cláusulas de elección de arbitraje y tribunal (M. VIRGÓS SORIANO). Esta tesis afirma que la exclusión de estos acuerdos del Reglamento Roma I es una exclusión que afecta únicamente a los aspectos procesales del acuerdo (= regidos por el Reglamento Bruselas I-bis u otros convenios internacionales o normas de DIPr. español, como el art. 22 LOPJ), de modo que los aspectos sustantivos (= consentimiento de las partes, por ejemplo), no están excluidos del Reglamento Roma I; (b) Otros expertos indican que el Reglamento Roma I acepta, *a sensu contrario*, que dichas lagunas deban ser integradas mediante la aplicación de las normas de DIPr. de producción interna de cada Estado miembro (D. McCLEAN & K. BEEVERS, F. GARAU SOBRINO). Es decir: es preciso determinar la “Ley aplicable” a estos aspectos no regulados por los instrumentos legales internacionales de carácter procesal que se ocupan del régimen jurídico de los acuerdos de elección de foro y arbitraje. Y dicha Ley aplicable debe precisarse, en el caso español, con arreglo al art. 10.5 CC, visto que el Reglamento Roma I excluye de su ámbito de aplicación la determinación de la Ley aplicable a estos “acuerdos de elección de foro”. Falta un pronunciamiento claro del TJUE sobre esta cuestión de la aplicación del Reglamento Roma I a estos acuerdos de elección de foro o arbitraje. En todo caso, hubiera sido mucho más conveniente y útil y hubiera proporcionado una mayor seguridad jurídica, que el Reglamento Roma I hubiera fijado la Ley aplicable a los distintos aspectos jurídicos sustanciales (= no procesales) de estos pactos de elección de tribunal, al menos para las cuestiones no reguladas por otros instrumentos legales internacionales específicos en la materia (L. RADICATI DI BROZOLO / F. SALERNO, P.A. NIELSEN / O. LANDO). Ello habría constituido un elemento poderoso de lucha contra las “*Torpedo Actions*” que se ejercitan ante tribunales de Estados que exigen requisitos muy elevados a los acuerdos de sumisión y que hacen inválidos tales acuerdos, empantanando el procedimiento en vez de permitir la litigación ante los tribunales elegidos por los contratantes (P.A. NIELSEN / O. LANDO).

62. Como se ha indicado, para valorar la validez de una cláusula de elección de tribunal es preciso consultar la Ley del Estado cuyos tribunales han sido presuntamente elegidos, incluidas sus normas de conflicto de leyes (= *Ley aplicable a la validez de fondo de la cláusula de elección de tribunal y “solución por reenvío”*). Así, si se presenta demanda judicial ante tribunales españoles y el demandado invoca una sumisión previa realizada en favor de los tribunales suecos, el tribunal español deberá valorar si dicha cláusula es válida o nula con arreglo al Derecho sueco, incluidas sus normas de conflicto de Leyes. Si tales normas remiten, por ejemplo, al Derecho sustantivo inglés, entonces el tribunal español aplicará el Derecho inglés. Cualquier otro tribunal de cualquier otro Estado miembro ante el que se plantee la cuestión de la validez / nulidad de esta cláusula de sumisión aplicará, igualmente, el Derecho conflictual sueco y a través del mismo el Derecho sustantivo inglés. Se trata de adoptar el punto de vista legal de los jueces suecos (A. NUYTS). Esta solución fue sugerida por el Abogado General Gordon Slynn en el caso que dio lugar a la STJCE 24 junio 1981, C-150/80, *Elefanten Schuh GmbH v Jacqmain*, ECLI:EU:C:1981:148. Queda por aclarar quién debe probar las normas de conflicto del Derecho del Es-

tado miembro cuyos tribunales han sido designados competentes por las partes y el Derecho sustantivo al que tales normas de conflicto conducen (L. USUNIER). El Reglamento calla sobre este particular, de modo que cada Estado miembro aplicará sus normas sobre alegación y prueba del Derecho extranjero. En consecuencia, para España, es la parte interesada la que debe probar tales normas jurídicas extranjeras (art. 281.2 LEC) y no el tribunal ante el que se plantea la cuestión.

b) Posibilidades de las partes

63. Las partes pueden atribuir competencia a los tribunales de modos muy diversos.

64. a) Litigios pasados y futuros. El acuerdo de sumisión puede referirse a litigios que ya hubieran surgido o a litigios que pudieran surgir en el futuro. En todo caso, debe tratarse de litigios que surjan de una determinada relación jurídica: un contrato concreto, por ejemplo. Dos aspectos deben añadirse: (a) El juez puede interpretar la cláusula de sumisión para fijar su “alcance objetivo”, es decir, para precisar los litigios que cubre y los que no cubre y para dar un efecto útil a dicha cláusula en sintonía con la voluntad auténtica de las partes¹⁵⁰; (b) El pacto de elección de tribunal es totalmente diferente del pacto de designación del lugar de cumplimiento de la obligación¹⁵¹. Una cláusula interpartes que fije un “lugar ficticio de ejecución del contrato” es, en el fondo, una “cláusula de sumisión”, y sólo es válida si se ajusta al art. 25 RB I-bis¹⁵².

65. b) Sumisión a tribunales concretos y a tribunales en conjunto. El art. 25.1 RB I-bis permite de modo expreso que las partes atribuyan competencia a los tribunales de un Estado “en su conjunto”¹⁵³. En este caso, la precisión del tribunal concreto competente se hará con arreglo al Derecho procesal interno del Estado cuyos tribunales han sido elegidos, que precisará el tribunal que dispone de la competencia territorial. *Ejemplo: “son competentes los tribunales alemanes”*. También permite el precepto que las partes se sometan a un concreto tribunal de un concreto Estado miembro. *Ejemplo: “son competentes los tribunales de Berlín”*. En este último caso, la elección del tribunal será válida si se acomoda al art. 25 RB I-bis aunque no se ajuste al Derecho Procesal del país al que pertenece el tribunal (F. SALERNO)¹⁵⁴. En este último caso, también para saber qué concretos tribunales de entre los que operan en Berlín es el competente, se aplicará las normas de competencia territorial del Estado miembro en cuestión, las normas alemanas¹⁵⁵.

66. c) No necesidad de vínculo objetivo entre tribunal designado y litigio. Las partes pueden designar el tribunal o tribunales que estimen por conveniente, sin que sea necesario que exista un “vínculo objetivo” entre el litigio y el tribunal designado¹⁵⁶.

¹⁵⁰ STJCE 14 diciembre 1976, 24/76, *Colzani*; STJCE 14 diciembre 1976, 25/76, *Segoura*; STJCE 14 julio 1983, C-201/82, *Gerling Konzern Spezial Kreditversicherung AG y otros/Amministrazione del Tesoro dello Stato*, ECLI:EU:C:1983:217; STJCE 19 junio 1984, C-71/83, *Tilly Russ/Nova*, ECLI:EU:C:1984:217; STJCE 11 julio 1985, 221/84, *Berghofer*; STJCE 11 noviembre 1986, 313/85, *Fiat*; STJCE 10 marzo 1992, C-214/89, *Powell Duffryn/Petereit*, ECLI:EU:C:1992:115; STJCE 13 noviembre 1979, 25/79, *Sanicentral*, ECLI:EU:C:1979:255; STS 10 marzo 2010 [RJ 2010\2337] (sumisión a favor de los tribunales italianos y contrato de distribución, contrato de mutuo disenso y sumisión a arbitraje); SAP Madrid 3 octubre 2011 [CENDOJ 28079370252011200157] (contrato de distribución y sumisión a favor de tribunales de París para decidir en torno a la “interpretación o ejecución del contrato”); SAP Pontevedra 19 enero 2016 (importación de langostinos desde Argentina a España) [CENDOJ 36038370012016100069].

¹⁵¹ STJCE 17 enero 1980, C-56/79, *Zelger/Salinitri*, ECLI:EU:C:1980:15.

¹⁵² STJCE 20 febrero 1997, C-106/95, *MSG/Les Gravières Rhénanes*, ECLI:EU:C:1997:70.

¹⁵³ STS 5 mayo 2016 [RJ 2016\2453] (sumisión a tribunales españoles).

¹⁵⁴ AAP Lugo 16 enero 2004 [CENDOJ 27028370012004200008] (sumisión válida de las partes a los “tribunales de Lugo”).

¹⁵⁵ STJUE 7 julio 2016, C-222/15, *Höszig*, ECLI:EU:C:2016:525, § 48.

¹⁵⁶ AAP Madrid 16 enero 2012 [CENDOJ 28079370282012200003] (contrato de transporte de langostinos congelados desde India a España en régimen de conocimiento de embarque), STJCE 17 enero 1980, C-56/79, *Zelger/Salinitri*, ECLI:EU:C:1980:15; STJCE 16 marzo 1999, C-159/97, *Castelletti*, ECLI:EU:C:1999:142; STJCE 3 julio 1997, C-269/95, *Benincasa/Dentalkit*, ECLI:EU:C:1997:337; SAP Pontevedra 31 julio 2007 [CENDOJ 36057370062007100357] (contrato de remolque y sumisión a tribunal inglés).

67. d) Designación directa y designación indirecta del tribunal competente. Las partes disponen de una muy amplia paleta de opciones para concretar los tribunales a los que encomiendan la solución de sus controversias. En tal sentido cabe subrayar lo que sigue:

- 1º) *Designación directa del tribunal competente.* Las partes pueden designar directamente el órgano u órganos jurisdiccionales competentes, si bien debe tratarse del que corresponda en primera instancia en el Estado miembro del que se trate. en el caso de que las partes designen como competentes otros tribunales que no sean los tribunales de primera instancia no invalida la sumisión siempre que quede claro que se pactó la competencia de los tribunales de un concreto Estado miembro. *Ejemplo:* “*the construction and performance of this Agreement shall be governed and interpreted in accordance with the laws of Spain and the parties submit to the jurisdiction of the High Court of Spain which shall have exclusive jurisdiction over any dispute arising herefrom*”. Esta cláusula no otorga competencia a un tribunal inexistente en España o al Tribunal Supremo español, pero sí es claro que las partes quisieron otorgar competencia internacional a los tribunales españoles, por lo que, en tales términos, debe considerarse como una elección perfectamente válida en favor de los tribunales españoles¹⁵⁷.
- 2º) *Designación indirecta del tribunal competente.* Las partes pueden designar también el tribunal competente mediante la una indicación de los “elementos objetivos necesarios” para determinar el tribunal al que se han sometido. Esta sumisión es perfectamente válida¹⁵⁸, pues designa clara y concretamente los tribunales competentes. *Ejemplo:* “*serán competentes los tribunales del lugar del establecimiento del transportista*”.

68. e) Sumisión múltiple fraccionada. Las partes pueden someter el litigio a tribunales de Estados distintos al mismo tiempo, de modo que atribuyen a cada órgano jurisdiccional el conocimiento de controversias distintas que nacen de una misma relación jurídica interpartes¹⁵⁹. Es más: la sumisión es válida cuando se designan como competentes tribunales distintos pero pertenecientes al mismo Estado miembro. Igualmente, las partes pueden atribuir la competencia judicial internacional a un tribunal en relación a cuestiones concretas derivadas de la relación jurídica, dejando subsistentes, por lo que concierne a los demás aspectos de la relación, los foros previstos en el Reglamento Bruselas I-bis.

69. f) Sumisión múltiple completa. Las partes pueden someter el litigio a tribunales de Estados distintos al mismo tiempo, de modo que, en caso de litigio, la parte demandante puede presentar su demanda ante cualquiera de los tribunales que contempla la cláusula de sumisión. *Ejemplo:* “*en caso de litigio, serán competentes los tribunales de España, Francia y Luxemburgo*”.

70. g) Sumisión múltiple híbrida o mixta. El art. 25 RB I-bis permite las llamadas “cláusulas híbridas de sumisión”. Se trata de cláusulas en cuya virtud las partes otorgan competencia internacional a los tribunales de un Estado miembro y, alternativamente, a tribunales o instituciones arbitrales u otros medios de solución de controversias¹⁶⁰.

71. h) Sumisión con carácter “exclusivo”. El art. 25 RB I-bis indica que la competencia atribuida en virtud del pacto de sumisión “*será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes*” (*widerlegliche Vermutung*)¹⁶¹. El Reglamento Bruselas I-bis presume que, salvo pacto en contrario, la sumisión tiene carácter “exclusivo”, es decir, que se realiza en favor del tribunal designado con la intención de

¹⁵⁷ SAP Barcelona 12 septiembre 2013 [CENDOJ 08019370152013100297] (cesión de derechos de propiedad intelectual y contrato de edición).

¹⁵⁸ STJUE 7 julio 2016, C-222/15, *Höszig*, ECLI:EU:C:2016:525, § 41; STJCE 9 noviembre 2000, C-387/98, *Coreck Maritime*, ECLI:EU:C:2000:606.

¹⁵⁹ STJCE 9 noviembre 1978, C-23/78, *Meeth/Glacet*, ECLI:EU:C:1978:198.

¹⁶⁰ AAP Madrid 18 octubre 2013 [CENDOJ 28079370282013200024] (sumisión a arbitraje y a tribunales holandeses).

¹⁶¹ J. WÄSCHLE, *Die internationale Zuständigkeit für Schadensersatzklagen gegen Weltkartelle: Koordination der Gerichtspflichtigkeit in Europa und den USA*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 11.

excluir la competencia de cualquier otro tribunal¹⁶². Si las partes desean pactar una competencia judicial no exclusiva, deben pactarlo de modo expreso.

72. i) Sumisión opcional o no exclusiva. Es posible una “sumisión opcional”. Se trata de un acuerdo en el que se fija la posibilidad de acudir ante determinados tribunales, sin que se impida acudir ante otros tribunales previstos en el Reglamento Bruselas I-bis¹⁶³. Estas cláusulas no desactivan la posibilidad de acudir a los tribunales que resultan competentes con arreglo a los foros de competencia recogidos en el Reglamento Bruselas I-bis.

73. j) Imposibilidad de la “sumisión en favor de una parte”. El art. 25 RB I-bis ha eliminado la posibilidad de los llamados “acuerdos de sumisión en favor de una parte”. Se trata de una fórmula en virtud de la cual una de las partes sólo puede demandar a la otra ante un tribunal determinado en el acuerdo de sumisión, pero la otra parte, sin embargo, puede demandar a la primera ante dicho tribunal o ante cualquier otro tribunal que fuere competente en virtud del Reglamento Bruselas I-bis¹⁶⁴. Esta posibilidad sólo beneficiaba a la parte más fuerte en la negociación del contrato y no comportaba ninguna ventaja significativa para el comercio internacional (Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, núm. 106 en DOUE 13 diciembre 2009). Tales cláusulas, también conocidas como “cláusulas asimétricas de sumisión” son relativamente frecuentes¹⁶⁵. Como explica F. NIGGEMANN, estas cláusulas son usuales en los contratos bancarios y financieros, en los que se suele hacer constar que el cliente sólo puede demandar al banco ante los tribunales del Estado miembro de la sede del banco, pero se permite que el banco pueda demandar a su cliente ante cualquier otro tribunal permitido por la Ley. Estas cláusulas son contrarias al art. 25 RB-I bis.

c) Efectos jurídicos de la sumisión expresa

74. La sumisión válidamente realizada produce distintos efectos jurídicos.

a’) Efecto de prórroga

75. El acuerdo de sumisión atribuye competencia al tribunal elegido por las partes (*prorogatio fori*). De este modo, los tribunales designados por las partes serán los “*únicos competentes*” para conocer de la cuestión (art. 25 RB I-bis). En efecto, si las partes, han acordado que un tribunal sea competente para conocer de un litigio entre ellas dicho tribunal será competente para conocer del mismo y su competencia será exclusiva (art. 25 RB I-bis), salvo pacto en contrario entre las partes. En este sentido cabe introducir varias precisiones:

- 1º) El acuerdo de sumisión puede atribuir competencia judicial internacional a tribunales de un Estado miembro que de otro modo no serían competentes según el Reglamento Bruselas I-bis.
- 2º) El acuerdo de sumisión puede también atribuir competencia judicial internacional a tribunales que podrían ser competentes con arreglo al Reglamento Bruselas I-bis pero que no disponen de competencia exclusiva. Por ejemplo, las partes pueden elegir, como tribunal para litigar, el tribunal del Estado miembro donde tiene su domicilio cualquiera de las partes o el tribunal del lugar de entrega de la mercadería o de prestación de un servicio.
- 3º) El acuerdo de sumisión no puede atribuir competencia internacional a tribunales de un Estado miembro que ya son exclusivamente competentes con arreglo al Reglamento Bruselas I-bis.

¹⁶² SAP Barcelona 20 diciembre 2004 [CENDOJ 08019370152004100383].

¹⁶³ SAP Barcelona 26 febrero 2009 [CENDOJ 08019370142009200033] (sumisión no exclusiva a los tribunales de Munich); AAP Barcelona 5 marzo 2009 [CENDOJ 08019370142009200049] (sumisión a los tribunales de Munich: “*We agree to submit to the non-exclusive jurisdiction of the courts of the city of Munich*”).

¹⁶⁴ STJCE 24 junio 1986, C-22/85, *Anterist/Credit lyonnais*, ECLI:EU:C:1986:255.

¹⁶⁵ Ord. Cass Italia 8 marzo 2012 / *RDIPP*, 2013, p. 143; Sent. Cass. Francia 26 septiembre 2012 / *JDI*, 2013, pp. 175-184 y nota de C. BRIÈRE.

b') Efecto de derogación

77. Mediante el acuerdo expreso de sumisión se excluye la competencia judicial internacional de cualquier otro tribunal que pudiera ser competente según el Reglamento Bruselas I-bis de no existir el acuerdo expreso de sumisión¹⁶⁶. Ello significa que la sumisión expresa prevalece tanto sobre el foro del domicilio del demandado (art. 4 RB I-bis) como sobre los foros especiales por razón de la materia (arts. 7-21 RB I-bis)¹⁶⁷. Los únicos tribunales a los que el acuerdo de sumisión no puede privar de su competencia internacional son los tribunales que disponen de competencia exclusiva a tenor del art. 24 RB I-bis. Varias precisiones son necesarias:

- 1º) *Control del acuerdo de sumisión a instancia de parte*. El acuerdo expreso de sumisión no se controla de oficio. Para que surta efectos derogatorios de la competencia de otro tribunal, la parte interesada debe alegarlo (art. 27.1 RB I-bis *a sensu contrario* y art. 26.1.II RB I-bis). El tribunal sólo se declarará incompetente de oficio si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del art. 24 RB I-bis o si carece de todo foro de competencia con arreglo al mismo Reglamento Bruselas I-bis. Por tanto, si existe una sumisión expresa en favor de tribunales de otro Estado miembro pero el demandado no impugna la competencia del tribunal de un Estado miembro ante el que se ha presentado la demanda, dicho tribunal no puede declararse de oficio incompetente con el argumento de que existe otro tribunal de otro Estado miembro que las partes han elegido de modo previo y expreso. Ello es lógico, visto que el tribunal bien puede no tener datos sobre la existencia de una previa sumisión a tribunales de otro país y visto también que corresponde a las partes, y no al juez, hacer valer los derechos que pueden derivar de un pacto privado entre las partes en cuya virtud dichas partes atribuyeron la competencia a un concreto tribunal de un Estado miembro¹⁶⁸.
- 2º) *Competencia pactada no exclusiva*. La “competencia exclusiva” de los tribunales designados, pierde, naturalmente, su carácter de “exclusiva”, si las partes acuerdan que dicha competencia no sea “exclusiva”. Las partes pueden pactar que se puedan ejercitar acciones ante tribunales de distintos Estados miembros.

77. El demandado puede hacer valer la sumisión a tribunales de otro Estado miembro, mediante la oportuna declinatoria, cuando así convenga a su estrategia procesal (= *inexistencia de abuso de derecho y ejercicio de la sumisión expresa*)¹⁶⁹. En tal sentido cabe subrayar lo siguiente:

- 1º) Todo demandado tiene derecho a invocar una cláusula de sumisión válida a favor de tribunales de otros Estados miembros¹⁷⁰.

¹⁶⁶ STJUE 21 mayo 2015, C-322/14, *El Majdoub*, ECLI:EU:C:2015:334, § 25; STJCE 14 diciembre 1976, 24/76, *Colzani vs. Rüwa*, [ECLI:EU:C:1976:177], § 7; STJCE 14 diciembre 1976, 25/76, *Segoura vs. Bonakdarian*, [ECLI:EU:C:1976:178], § 6; AAP Madrid 23 abril 2010 [CENDOJ 28079370282010200057] (sumisión a tribunal inglés en virtud de cláusula en conocimiento de embarque); SAP Madrid 10 diciembre 2002 [CENDOJ 28079370132002100031]; AAP Madrid 30 abril 2004 [CENDOJ 28079370112004200073]; AAP Madrid 22 marzo 2004 [CENDOJ 28079370252004200097]; AAP Barcelona 22 abril 2008 [CENDOJ 08019370182008200112] (sumisión a tribunales de Dinamarca e incompetencia de los tribunales españoles).

¹⁶⁷ STJUE 28 junio 2017, C-436/16, *Leventis and Vafeias*, ECLI:EU:C:2017:497, § 40.

¹⁶⁸ STJCE 7 marzo 1985, C-48/84, *Spitzley/Sommer Exploitation*, ECLI:EU:C:1985:105, §§ 23-24; STJCE 9 diciembre 2003, C-116/02, *Gasser*, ECLI:EU:C:2003:657, § 52; Sent. Corte Cass. Italia 24 mayo 2007 [<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/3486.php>].

¹⁶⁹ E. GOTTSCHALK/S. BRESSLER, “Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht”, *ZEuP*, 2007, pp. 56-80; S. LEIBL/E. RÖDER, “Missbrauchskontrolle von Gerichtsstandsvereinbarungen im europäischen Zivilprozessrecht”, *RIW*, 2007, pp. 481-487.

¹⁷⁰ Muy correctamente: SAP Pontevedra 19 enero 2016 (importación de langostinos desde Argentina a España) [CENDOJ 36038370012016100069]; AAP Madrid 21 diciembre 2012 [CENDOJ 28079370282012200177] (daños sufridos por mercancías y transporte marítimo desde la India hasta Vigo); AAP Madrid 16 enero 2012 [CENDOJ 28079370282012200003] (contrato de transporte de langostinos congelados desde India a España en régimen de conocimiento de embarque); AAP Madrid 18 noviembre 2010 [CENDOJ 28079370282010200159] (contrato de transporte y sumisión expresa a tribunales de Londres); STS 15 noviembre 2010 [RJ 2010\8871] (contrato de agencia celebrado entre partes españolas a desarrollar en Turquía); AAP Madrid 23 abril 2010 [CENDOJ 28079370282010200057] (sumisión a tribunal inglés en virtud de cláusula en conocimiento de embarque).

- 2º) Cuando un demandado invoca un acuerdo atributivo de competencia para evitar que conozca un determinado tribunal de un concreto Estado miembro, dicho demandado se limita a ejercer su derecho subjetivo, que para eso lo tiene y para eso está protegido por los arts. 25 y 28 RB I-bis.
- 3º) El hecho de que el tribunal elegido pertenezca a un Estado miembro que nada tiene que ver con la transacción no supone, en absoluto, que exista *abuso de derecho* por parte del litigante que invoca el acuerdo atributivo de competencia para evitar, por ejemplo, que conozcan del asunto los tribunales del Estado miembro donde dicho litigante tiene su domicilio¹⁷¹.
- 4º) Afirmar que el demandado, en estos casos, incurre en abuso en la utilización de la declinatoria internacional, supondría, simplemente, “*negar eficacia a las cláusulas de sumisión con el único fundamento de que el demandado se encuentra domiciliado en España*”, lo que resulta directamente contrario al art. 25 RB I-bis¹⁷².

c’) Efectos obligatorios

78. La sumisión expresa es obligatoria para las partes. Éstas deben litigar ante el tribunal acordado previamente por las mismas. Un mutuo acuerdo de sumisión posterior, tácito o expreso, entre las mismas partes, puede “derogar” el primer acuerdo de sumisión, que pierde, así, su carácter obligatorio¹⁷³.

d’) Efectos objetivos

79. La sumisión expresa afecta, exclusivamente, a la relación jurídica de la que se trate y a las diferencias concretas pactadas por las partes.

80. Debe investigarse la voluntad de las partes a la hora de precisar el *alcance objetivo de la cláusula atributiva de competencia*. Al respecto cabe afirmar lo que sigue

- 1º) El tribunal que está conociendo del asunto es competente para interpretar la cláusula de atribución de competencia invocada ante él. Dicho juez debe determinar las controversias comprendidas en el ámbito de aplicación de la cláusula de sumisión¹⁷⁴.
- 2º) La cláusula de sumisión incluida en un contrato principal no afecta ni se extiende a los contratos accesorios al mismo.
- 3º) Cuando se acuerda la sumisión a favor de determinados tribunales para la “interpretación y ejecución del contrato”, la sumisión no abarca litigios relativos a la “nulidad del contrato”.
- 4º) Por el contrario, cuando se pacta en el contrato una cláusula de sumisión en la que se indica que “toda controversia que nace del presente contrato queda sujeta a la competencia de los tribunales del Estado miembro X”, entonces la extensión objetiva de la sumisión es “completa”. Cubre todos los aspectos relativos al contrato: interpretación, ejecución, nulidad, existencia, etc. En este “sentido contractual completo” deben interpretarse las cláusulas “*relating to this Agreement*”. En tal caso, la cláusula cubre todas las vicisitudes y controversias entre las partes que puedan surgir del contrato en cuestión, aunque no cubrirá los litigios extracontractuales o de otro género que puedan plantearse entre las partes¹⁷⁵.

¹⁷¹ AAP Madrid 21 diciembre 2012 [CENDOJ 28079370282012200177] (daños sufridos por mercancías y transporte marítimo desde la India hasta Vigo).

¹⁷² AAP Madrid 21 diciembre 2012 [CENDOJ 28079370282012200177] (daños sufridos por mercancías y transporte marítimo desde la India hasta Vigo).

¹⁷³ STJCE 24 junio 1981, C-150/80, *Elefanten Schuh GmbH v Jacqmain*, ECLI:EU:C:1981:148.

¹⁷⁴ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 67; STJCE 10 marzo 1992, C-214/89, *Powell Duffryn/Peterit*, ECLI:EU:C:1992:115, § 37; STJCE 3 julio 1997, C-269/95, *Benincasa/Dentalkit*, ECLI:EU:C:1997:337, § 31.

¹⁷⁵ Ord. Cass Italia 27 febrero 2012 (responsabilidad precontractual por vulneración de los deberes de información al intermediario y cláusula “*relating to This Agreement*”, *RDIPP*, 2012, p. 941).

- 5º) Del mismo modo, la cláusula de sumisión que las partes incluyen en su contrato para determinar el tribunal competente en casos de responsabilidad “contractual” entre las mismas, no se extiende ni es aplicable a los litigios “extracontractuales” entre los mismos¹⁷⁶.

e’) Efectos inter partes

81. El acuerdo expreso de sumisión produce efectos entre las partes que lo firman, y no frente a terceros¹⁷⁷. Sólo obliga a las partes¹⁷⁸. De hecho, el art. 25 RB I-bis indica que el acuerdo de sumisión sólo opera si se ha celebrado entre “las partes” que lo son en el litigio, partes que “*han acordado que un órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro sean competentes para conocer*” de un litigio. Los terceros no pueden invocar a su favor las cláusulas de sumisión acordadas por otras partes distintas. Pero tampoco los terceros resultan afectados por tales acuerdos de sumisión.

82. Una cláusula atributiva de competencia incluida en un contrato celebrado entre dos sociedades no puede ser invocada por los representantes de una de ellas a fin de negar la competencia de un tribunal para conocer de una demanda de indemnización en la que se solicita que se declare la responsabilidad solidaria de dichos representantes por actos supuestamente delictuales realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones (= *Relatividad subjetiva de la cláusula de sumisión*). Los demandantes son terceros y pueden presentar su demanda ante los tribunales correspondientes al Estado miembro del domicilio del demandado y éste no puede invocar una cláusula de sumisión en favor de tribunales de otro Estado miembro, si dicha cláusula se firmó entre el demandado y otro sujeto que no es la parte demandante¹⁷⁹.

83. El art. 25 RB I-bis no precisa si un acuerdo atributivo de competencia puede transferirse a un tercero por una de las partes que firmó originariamente dicho acuerdo (= *transmisión a terceros de las cláusulas de sumisión: criterios de solución*)¹⁸⁰. Ello plantea la cuestión de saber si el tercero que se subroga, en todo o en parte, en los derechos y obligaciones de una de las partes del contrato inicial, está vinculado por la cláusula del contrato original en la que se contiene el *acuerdo atributivo de competencia (efficacia ultra vires delle clausole di scelta del foro)*¹⁸¹. Al respecto cabe observar diversos datos.

- 1º) *La elevada movilidad subjetiva de las cláusulas de elección de tribunal.* Como se ha indicado, el acuerdo expreso de sumisión produce efectos entre las partes que lo firman, y no frente a terceros. No obstante, en el comercio internacional actual se aprecia una fuerte “movilidad del contrato”. El contrato subsiste, pero los sujetos del mismo cambian. Las obligaciones permanecen, pero los obligados cambian porque sujetos terceros entran en el lugar que ocupaban los sujetos inicialmente obligados. La cesión de créditos, la subrogación y las “cadenas de contratos” son los mecanismos técnicos más utilizados al efecto.
- 2º) *Regla general: el consentimiento necesario del tercero y los “tres requisitos”.* El TJUE indica que el acuerdo atributivo de competencia sólo surte efectos entre las partes que han dado su consentimiento a dicho acuerdo. En efecto, así lo exige el art. 25.1 RB I-bis. En consecuencia, una “cláusula atributiva de competencia” incluida en un contrato sólo puede, en principio, producir efectos entre las partes que prestaron su acuerdo a la celebración de ese contrato. En realidad, la transmisión de la cláusula de sumisión sólo se produce cuando con-

¹⁷⁶ AAP Madrid 29 junio 2010 (declinatoria internacional y sumisión a tribunal de Londres).

¹⁷⁷ F. MOHS, *Drittwirkung von Schieds- und Gerichtsstandsvereinbarungen: eine rechtsvergleichende Untersuchung zur subjektiven Reichweite von Zuständigkeitsvereinbarungen bei Forderungsabtretung in der Schweiz, in Deutschland und in den USA*, München, Sellier, Frankfurt am Main, Quadis, 2006.

¹⁷⁸ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 64; STJUE 28 junio 2017, C-436/16, *Leventis and Vafeias*, ECLI:EU:C:2017:497, §§ 33-35; SAP Valencia 16 diciembre 2008 (contrato de transporte y sumisión a tribunales de Londres) [CENDOJ 46250370092008100374].

¹⁷⁹ STJUE 28 junio 2017, C-436/16, *Leventis and Vafeias*, ECLI:EU:C:2017:497, § 43.

¹⁸⁰ STJUE 7 febrero 2013, C-543/10, *Refcomp*, ECLI:EU:C:2013:62, § 25.

¹⁸¹ *Vid., ad ex.*, C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 188.

curren tres requisitos: (i) Debe existir, entre dos partes concretas, una cláusula de sumisión que sea válida con arreglo al art. 25 RB I-bis; (ii) El tercero debe haber sucedido a una de esas dos partes en el contrato inicial en todos sus derechos y obligaciones, lo que incluye la cláusula de sumisión en cuestión. La Ley que regula el contrato de cesión o la subrogación, determinada con arreglo a las normas de conflicto del Derecho del Estado cuyos tribunales conocen del asunto, indicará si, en efecto, se ha producido esa sucesión en todos los derechos y obligaciones; (iii) Es preciso que dicho tercero haya podido conocer el soporte documental donde se incluye dicha cláusula de sumisión, esto es, que dicho soporte “*sea de fácil acceso*”¹⁸². Con estos tres requisitos queda claro que el tercero ha prestado su consentimiento a la cláusula y por tanto, le es oponible y él mismo puede oponerla a la otra parte¹⁸³.

3º) *Regla especial. Tipos de relaciones jurídicas. La sucesión entre las partes.* El TJUE ha indicado que deben distinguirse diferentes relaciones jurídicas a efectos de comprobar si ha habido “transmisión del acuerdo atributivo de competencia”. En tal sentido es preciso distinguir.

- a) *Accionista que suscribe los estatutos de una sociedad en los que consta un “acuerdo atributivo de competencia”.* Al suscribir tales estatutos sociales, el accionista presta su consentimiento a una cláusula atributiva de competencia que figura en tales estatutos. La adhesión del accionista a dichos estatutos da lugar a una “relación contractual” entre el accionista y la sociedad y entre los propios accionistas contractual¹⁸⁴. En consecuencia, dicha “cláusula atributiva de competencia” surte efectos en relación con todos los accionistas que han suscrito los estatutos sociales.
- b) *Sujeto que adquiere un bien que ha sido adquirido previamente en virtud de contrato en el que consta un “acuerdo atributivo de competencia”.* Cuando un sujeto adquiere un bien de un vendedor que a su vez lo compró al fabricante, la relación jurídica entre el segundo adquirente y el fabricante es una “relación jurídica no contractual”. Entre ambos no existe ningún contrato¹⁸⁵. Por lo tanto, visto que el subadquirente del bien y el fabricante del mismo no están unidos por un vínculo contractual, no puede considerarse que ambos sujetos “hubieren acordado”, como exige el art. 25.1 RB I-bis, que el tribunal designado competente en caso de litigación entre ambos, fuere el que pactaron, en el contrato inicial, dicho fabricante y el primer adquirente del bien. En consecuencia, un acuerdo atributivo de competencia pactado en el contrato celebrado entre el fabricante de un bien y el adquirente de éste no puede ser invocada frente al tercero subadquirente que, al término de una sucesión de contratos de transmisión de propiedad, ha adquirido ese bien y desea ejercitar una acción de responsabilidad contra el fabricante. Para que dicha cláusula sea oponible a dicho tercero, es preciso que conste que ese tercero prestó su consentimiento efectivo en relación con esa cláusula atributiva de competencia en las condiciones mencionadas en el art. 25 RB I-bis.
- c) *Conocimiento de embarque.* El conocimiento de embarque es un documento que recoge en soporte físico un contrato de transporte de mercancías o personas a cambio de un precio (flete) y por el cual el transportista asume la obligación de desplazar la mercancía, su custodia y su entrega en el destino pactado. El conocimiento de embarque sirve para probar la existencia del contrato, el recibo de la entrega de las mercancías y opera como un “título representativo” de las mismas que es, además, negociable. En la práctica, el sujeto que posee el conocimiento de embarque, puede disponer de las mercancías. Pues bien, resulta muy frecuente que dichos “conocimientos de embarque” incorporen una cláusula

¹⁸² STJUE 20 abril 2016, C-366/13, *Profit Investment SIM*, ECLI:EU:C:2016:282, § 36.

¹⁸³ STJUE 7 febrero 2013, C-543/10, *Refcomp*, ECLI:EU:C:2013:62, §§ 29-33; STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, §§ 64-65; STJUE 20 abril 2016, C-366/13, *Profit Investment SIM*, ECLI:EU:C:2016:282, § 33.

¹⁸⁴ STJCE 10 marzo 1992, C-214/89, *Powell Duffryn/Petereit*, ECLI:EU:C:1992:115, §§ 16-19; STJUE 20 abril 2016, C-366/13, *Profit Investment SIM*, ECLI:EU:C:2016:282, § 34.

¹⁸⁵ STJCE 17 junio 1992, C-26/91, *Handte/TMCS*, ECLI:EU:C:1992:268, § 16.

de sumisión en favor de un tribunal de un Estado miembro para el caso de litigación. Pues bien, la cláusula de sumisión inserta en un conocimiento de embarque puede transmitirse a terceros siempre que se cumplan estos requisitos¹⁸⁶.

Primera. Regla previa procesal. La validez del acuerdo atributivo de competencia con arreglo al Reglamento Bruselas I-bis. La cláusula debe ajustarse a los requisitos de fondo y forma previstos en el art. 25 RB I-bis.

Segunda. Regla conflictual. La “Ley aplicable al contrato” debe establecer que el tercero, al entrar en la relación contractual, sucede al anterior contratante en todos sus derechos y obligaciones, por lo que sucede a éste también en lo relativo a la cláusula de sumisión. La Ley reguladora del contrato debe establecer una “total sustitución” entre el transmitente tenedor del conocimiento de embarque y el tercero al que se transmite dicho conocimiento¹⁸⁷. Por tanto, si el Derecho estatal aplicable no prevé esa “sustitución” total de sujetos, el tribunal debe comprobar la existencia y validez del consentimiento del tercero en relación con la cláusula atributiva de competencia.

Tercera. Reglas materiales de corrección. Dos reglas deben tenerse presentes: (I) No es posible transmitir el contrato o las obligaciones sin la cláusula de sumisión expresa, aunque ello resulte permitido por la Ley que rige el contrato. El acuerdo atributivo de competencia constituye una cláusula accesoria al contrato y sigue el destino del mismo (H. GAUDEMET-TALLON, J.M. BISCHOFF, F. LECLERC); (II) La cláusula de sumisión no se transmite al tercero si éste logra demostrar que no tenía conocimiento de la existencia de tal cláusula y que nunca la ha aceptado (sent. Cass. Francia 4 junio 2009).

De este modo, si el tribunal de un Estado miembro comprueba que se verifican estas tres reglas, debe considerar que el tercero prestó su consentimiento a la cláusula atributiva de competencia y no resultará necesario que dicho tribunal compruebe, específicamente, si el tercero en cuestión prestó su consentimiento a la cláusula¹⁸⁸.

84. Los criterios de solución antes enunciados sobre la *transmisión a terceros de las cláusulas de sumisión* son consecuencia de *ciertos datos* que conviene tener presentes: (1) La cláusula de sumisión presenta un doble carácter jurídico (N. COIPEL-CORDONNIER). Por una parte, es un acuerdo procesal que produce “efectos procesales-competenciales”, aspecto que se rige por la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*). Por otra parte, la sumisión es “un contrato en sí mismo”, regido por su propia Ley estatal, Ley que determina su validez; (2) Las cláusulas de sumisión son independientes del contrato al que se refieren (= es la “autonomía sustancial de la cláusula de sumisión”, dato hoy corroborado por el art. 25.4 y 5 RB I-bis y Cons. [20] RB I-bis) (C. BLANCHIN). Sin embargo, tales cláusulas son también “acesorias al contrato”, pues sin el contrato carecen de sentido (= es la “accesoriedad procesal de la cláusula de sumisión”). Por ello, la validez sustancial de estas cláusulas es independiente de la validez sustancial del contrato al que se refieren, pero en el plano de la transmisión de la cláusula, ésta sigue el destino del contrato.

f) Efectos de la nulidad del contrato sobre el acuerdo de sumisión

85. La nulidad del contrato no afecta a la validez de la cláusula de sumisión. La sumisión es independiente del contrato en cuanto a su validez o nulidad. La validez o nulidad de la sumisión se decide con arreglo a criterios propios, diferentes de criterios que determinan la validez o nulidad del contrato

¹⁸⁶ STJCE 14 julio 1983, C-201/82, *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherung AG y otros/Amministrazione del Tesoro dello Stato*, ECLI:EU:C:1983:217; STJCE 19 junio 1984, C-71/83, *Tilly Russ/Nova*, ECLI:EU:C:1984:217, § 24; STJCE 16 marzo 1999, C-159/97, *Castelletti*, ECLI:EU:C:1999:142, § 41; STJCE 9 noviembre 2000, C-387/98, *Coreck Maritime*, ECLI:EU:C:2000:606, §§ 23-27; STS 29 septiembre 2005, AAP Granada 23 febrero 2007 (sumisión impresa en el reverso de conocimiento de embarque).

¹⁸⁷ AAP Pontevedra 24 septiembre 2009 [CENDOJ 36038370012009200152] (sumisión a tribunales extranjeros); AAP Las Palmas 13 enero 2006 [CENDOJ 35016370032006200017]; AAP Zaragoza 16 diciembre 2011 [CENDOJ 50297370052011200022] (seguro y pacto de sumisión contenido en conocimiento de embarque).

¹⁸⁸ Auto Juzgado Mercantil Madrid 13 septiembre 2016 [CENDOJ 28079470062016200039] (sumisión a tribunales de Londres en conocimiento de embarque).

(H. GAUDEMET-TALLON, O. CACHARD). Así lo indica el texto mismo del art. 25.5 RB I-bis y en este sentido se pronuncia también la jurisprudencia¹⁸⁹.

g') Patologías de la cláusula de sumisión

86. Con frecuencia, existe una sola cláusula de elección de foro que será válida o nula según los casos y las exigencias legales. Ahora bien, el art. 25 RB I-bis guarda silencio en relación con el caso, menos frecuente pero perfectamente posible, de un conflicto entre cláusulas de elección de foro (= *múltiples cláusulas de sumisión: cláusulas de sumisión jurisdiccional y arbitral contradictorias entre sí.*) (J.-P. BERAUDO, L. PERREAU-SAUSSINE). En ocasiones las partes se intercambian documentos contractuales con cláusulas de significado opuesto y es posible que las partes hayan redactado dos o más cláusulas de elección de foro o de arbitraje, incompatibles entre sí, y aplicables al mismo contrato o relación jurídica. Ello puede producirse en los conocidos casos conocidos como “*battle of the forms*” (= intercambio de formularios predispuestos por una parte, de modo que ambas parten firman formularios que contiene cláusulas de sumisión contradictorias entre sí). En el supuesto de que una cláusula ponga de relieve que las partes la consideran prioritaria sobre otras posibles cláusulas de sumisión, dicha cláusula prioritaria prevalecerá. En el supuesto de cláusulas en conflicto perfectamente simétricas, varias soluciones son posibles:

- 1º) *Solución por efecto reflejo en favor del Derecho nacional.* Acudir a las soluciones de Derecho nacional del Estado cuyos tribunales conocen del asunto es una primera solución. Sin embargo, esta vía no parece oportuna, pues incentivaría el *Forum Shopping* y provocaría inseguridad jurídica, lo que contraviene los objetivos del Reglamento Bruselas I-bis. Los tribunales de los distintos Estados miembros podrían hacer prevalecer una u otra cláusula de sumisión. Por ello, esta tesis debe rechazarse.
- 2º) *Aplicación per analogiam del art. 31 RB I-bis.* Otra solución consiste en acudir al art. 31.1 RB I-bis, de modo que el tribunal ante el que se acude en primer lugar dispondría de “preferencia cognitiva” y el segundo tribunal deberá suspender el procedimiento en beneficio del tribunal ante el que se acudió en primer término. La solución es razonable y tiene un soporte legal *per analogiam*. Sin embargo, fomenta la carrera al tribunal y el *Forum Shopping*, lo que no es positivo.
- 3º) *Anulación simétrica.* Puede, igualmente, estimarse que no existe elección de tribunal. En efecto, lo más aconsejable, ante la validez de dos cláusulas de elección de tribunal, ambas válidas y ambas incompatibles entre sí, consiste en estimar que las cláusulas se anulan entre sí y que no existe un acuerdo atributivo de competencia que prevalezca sobre el otro. Las partes deberán litigar ante otros tribunales designados por el Reglamento Bruselas I-bis y el art. 25 RB I-bis no es aplicable.
- 4º) *Solución específica en caso de cláusula de sumisión jurisdiccional y arbitral.* En el caso de conflicto entre cláusula de elección de foro y cláusula compromisoria en cuya virtud se pacta un arbitraje, la jurisprudencia francesa tiende a dar prioridad a la cláusula compromisoria; aunque no explica bien por qué (L. PERREAU-SAUSSINE)¹⁹⁰. Posiblemente la razón estriba en el carácter de *jus specialis* de la normativa internacional que regula el arbitraje y en su primacía aplicativa sobre la normativa que regula la competencia de los tribunales de los Estados miembros (art. 1.2.d), Cons. 12 RB I-bis). En efecto, con mayor claridad, el art. 73 RB I-bis indica que el Reglamento Bruselas I-bis “*no afectará a la aplicación del Convenio de Nueva York de 1958*”. En consecuencia, la existencia de una válida cláusula de sumisión a arbitraje regulada por el citado convenio de Nueva York prevalece sobre una cláusula de sumisión a tribunales estatales válida con arreglo al Reglamento Bruselas I-bis.

¹⁸⁹ STJCE 3 julio 1997, C-269/95, *Benincasa/Dentalkit*, ECLI:EU:C:1997:337; AAP Las Palmas 1 febrero 2007 [CENDOJ 35016370042007200007].

¹⁹⁰ Sent. Cass. Francia 18 diciembre 2003 [*Bulletin*, 2003, II, n. 403, p. 333]; Sent. Cass. Francia 17 mayo 2010; Sent. Cour Cass. Francia 25 junio 2014 y nota de S. CLAVEL, *RCDIP*, 2015, pp. 413-420.

87. Es cierto que los pactos de sumisión en favor de un concreto tribunal se celebran para ser cumplidos. Por eso, el foro elegido no es renunciabile sin más: se debe litigar ante el tribunal al que las partes sometieron sus disputas¹⁹¹. Sin embargo, si una parte no respeta el pacto de sumisión y acciona ante tribunales de un Estado diferente a los tribunales designados, dicha parte ha incumplido dicho acuerdo de sumisión (= *ruptura de la cláusula de sumisión: Consecuencias de la infracción de un acuerdo de sumisión*). Las consecuencias de ello dependen del tribunal ante el que la parte incumplidora ha accionado:

- 1º) *Acción ante tribunales de otro Estado miembro*. En este caso, la sanción debe ser sólo de carácter procesal, pues así se contempla en el Reglamento Bruselas I-bis. En concreto, el tribunal ante el que se ejercita la acción debe declararse incompetente si la parte perjudicada por la ruptura del pacto de sumisión interpone la excepción declinatoria (art. 28.1 y 25.1 *in fine* RB I-bis). De ese modo se frustra la intención del sujeto incumplidor de situar el litigio ante tribunales distintos a los designados inicialmente por las partes.
- 2º) *Acción ante tribunales de terceros Estados o ante árbitros*. En este caso, los tribunales de terceros Estados no aplican el Reglamento Bruselas I-bis, por lo que pueden, perfectamente, conocer del asunto con arreglo a sus normas nacionales de competencia judicial internacional. Por tanto, las consecuencias de la ruptura del pacto de sumisión, en este caso, no pueden ser de carácter procesal, pues nada asegura que el tribunal del tercer Estado se declare incompetente. La sanción jurídica surge de las consecuencias de dicha ruptura, siempre que el pacto de sumisión sea válido y debe ser de carácter sustantivo. Con dicho comportamiento incumplidor, el actor puede haber obligado a la otra parte a tener que defenderse en un “foro extranjero imprevisto”. Ello le puede ocasionar gastos que derivan del incumplimiento del pacto de sumisión: gastos materiales, contratación de abogados en dicho país, etc. Y como el pacto de sumisión es un contrato, ese incumplimiento es un incumplimiento contractual que genera responsabilidad contractual que puede ser reclamada a la parte que no respetó el pacto de sumisión, como sucede en los sistemas jurídicos *Common Law* y como ha indicado el TS español¹⁹². Debe tenerse presente que la cláusula de elección de tribunal es, con frecuencia, decisiva para la conclusión de un concreto contrato material, ya que las partes, al haber pactado, por ejemplo, que litigarán en España, excluyen con ello la litigación en países que permiten obtener *punitive damages*. Si luego ello no es así, surge una responsabilidad patrimonial. Esta especie de “*antisuit injunction a posteriori* a la española” resulta muy razonable, y también tribunales de otros países han seguido esta vía¹⁹³. Ahora bien, no siempre será sencillo detectar si ha sido la parte misma la que no respetó el pacto de sumisión previamente firmado o fue su abogado el responsable. O si lo fueron ambos (D.P. FERNÁNDEZ ARROYO).

B) Sumisión tácita

a) Concepto, existencia y requisitos

88. Se produce la sumisión tácita por la presentación de la demanda por parte del demandante y la comparecencia del demandado ante el tribunal, siempre que tal comparecencia no tuviera por objeto impugnar la competencia judicial internacional (art. 26 RB I-bis)¹⁹⁴. De este modo, las partes, cualquiera

¹⁹¹ SAP Barcelona 26 febrero 2009 [CENDOJ 08019370142009200033] (sumisión no exclusiva a los tribunales de Munich).

¹⁹² STS 12 enero 2009 [RJ 2009\544] (incumplimiento de sumisión en favor de los tribunales de Barcelona mediante demanda presentada ante tribunales norteamericanos en busca de *punitive damages*), comentada por D.P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Nota a STS 12 enero 2009, *RCIDP*, 2009, pp. 756-765.

¹⁹³ Sent. Cass Francia 14 octubre 2009, *Wolberg*, [*Bulletin*, 2009, I, n. 207].

¹⁹⁴ *Vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Article 26”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, pp. 669-682; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 265-274 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); R. MONICO, “Il *private enforcement* nello spazio giu-

que sea el Estado de su domicilio, e incluso aunque ninguna tenga su domicilio en un Estado miembro, pueden “prorrogar” la competencia judicial internacional de órganos jurisdiccionales que, inicialmente, carecían de competencia judicial internacional; porque ninguno de los demás foros del Reglamento Bruselas I-bis atribuía tal competencia a dichos tribunales¹⁹⁵.

89. Para que exista sumisión tácita se exige que concurren dos elementos:

- 1º) La presentación de una demanda ante un tribunal por parte del demandante, que revela su voluntad inequívoca de querer litigar ante dicho tribunal.
- 2º) La contestación al fondo de dicha demanda por parte del demandado. En este sentido, es preciso que la parte demandada comparezca y manifieste su voluntad de querer litigar ante el tribunal en cuestión¹⁹⁶. Puede manifestar dicha voluntad mediante allanamiento¹⁹⁷.

90. La *voluntad de sumisión del demandado* es esencial elemento del art. 26 RB I-bis. En numerosos Estados miembros, como es el caso de Austria, existe una normativa con arreglo a la cual un representante del demandado nombrado por el tribunal ante la ausencia física del demandado, puede realizar actos procesales válidos y, entre otros muchos, comparecer y aceptar la competencia de un tribunal a efectos del art. 26 RB I-bis. Pues bien, es obvio que para que exista una comparecencia del demandado, es preciso que éste tenga un conocimiento veraz del procedimiento judicial iniciado en su contra. En consecuencia, es necesario que la demanda haya sido notificada al demandado, que éste conozca el procedimiento entablado en su contra. Un “representante del demandado” nombrado por el tribunal y al que el demandado no le ha otorgado poderes no permite considerar que el demandado ha tenido conocimiento del proceso. Por eso no ha podido someterse al tribunal. En estos casos, pues, y, aunque el representante judicial del demandado se someta al tribunal, no existe sumisión tácita válida a efectos del art. 26 RB I-bis¹⁹⁸. Si así fuera, la competencia del tribunal sería imposible de prever para el demandado, lo que vulneraría dos principios fundamentales del Reglamento Bruselas I-bis: la previsibilidad de los foros de competencia (Cons. [15 RB I-bis]) y el respeto a los derechos de defensa del demandado.

b) Régimen jurídico

91. El régimen jurídico de la sumisión tácita se concreta en los siguientes puntos:

- 1º) El art. 26 RB I-bis sólo es aplicable, naturalmente, en relación a litigios internacionales cubiertos por el ámbito material del Reglamento Bruselas I-bis.
- 2º) La sumisión tácita no puede operar en litigios relativos a materias objeto de competencias exclusivas regulados por el Reglamento Bruselas I-bis (arts. 24 y 26.1 *in fine* RB I-bis).
- 3º) El litigio sobre el que se verifica la sumisión tácita, debe, lógicamente, haber surgido ya en el momento de verificarse la sumisión tácita
- 4º) La sumisión tácita posterior prevalece sobre la sumisión expresa anterior¹⁹⁹, que queda “desactivada”. No es relevante que la sumisión expresa anterior otorgase competencia a tribunales de un Estado miembro o de un tercer Estado²⁰⁰.

dizionario europeo”, *RDI*, 4, 2016, pp. 1147-1186 (pp. 1177-1178); A. STAUDINGER, “Wer nicht rügt, der nicht gewinnt – Grenzen der stillschweigenden Prorogation nach Art. 24 EuGVVO”, *IPRax*, 2011, pp. 548-554.

¹⁹⁵ STJUE 17 marzo 2016, C-175/15, *Taser International*, ECLI:EU:C:2016:176, § 21.

¹⁹⁶ SAP Barcelona 27 enero 2016 (Derecho suizo) [CENDOJ 08019370132016100035].

¹⁹⁷ AAP Huelva 27 julio 2017 (sumisión tácita) [ECLI:ES:APH:2017:714A].

¹⁹⁸ STJUE 11 septiembre 2014, C-112/13, *A vs. B y otros* [ECLI:EU:C:2014:2195], §§ 52-57; STJCE 10 octubre 1996, C-78/95, *Hendrikman*, [ECLI:EU:C:1996:380], § 18.

¹⁹⁹ STJCE 24 junio 1981, C-150/80, *Elefanten Schuh GmbH v Jacqmain*, ECLI:EU:C:1981:148; STJCE 7 marzo 1985, C-48/84, *Spitzley/Sommer Exploitation*, ECLI:EU:C:1985:105; SAP Madrid 30 diciembre 2015 (contrato de distribución exclusiva) [CENDOJ 28079370252015100427]; SAP Baleares 28 diciembre 2016 (sumisión tácita a favor de los tribunales españoles) [JUR2017\23509].

²⁰⁰ STJUE 17 marzo 2016, C-175/15, *Taser International*, ECLI:EU:C:2016:176, § 23.

- 5º) En relación con la actitud del demandado en el proceso, es preciso subrayar que no existe sumisión tácita de éste en los términos del art. 26 RB I-bis en los casos siguientes:
- a) Cuando la comparecencia del demandado tiene como finalidad impugnar la competencia judicial internacional del tribunal.
 - b) Cuando el demandado impugna la competencia judicial internacional y hace valer, también, una defensa subsidiaria sobre el fondo o una demanda reconvenicional subsidiaria²⁰¹. En tal caso, de todos modos, es preciso que tanto el demandante como el juez que conoce del asunto se encuentren en condiciones de comprender, desde el instante mismo en que el demandado formula su primer medio de defensa doble en cuanto al fondo y a la competencia del tribunal, que su finalidad es cuestionar la competencia del juez²⁰².
 - c) Cuando en el primer acto de oposición, el demandado formula una excepción basada en la incompetencia del juez al que se ha sometido el asunto, excepción que tiene carácter subsidiario respecto de otras excepciones procesales propuestas en el mismo acto. En verdad, en tal caso no existe voluntad del demandado de aceptar la competencia del tribunal²⁰³.
- 6º) El art. 26 RB I-bis sólo es aplicable para otorgar competencia judicial internacional a tribunales de un Estado miembro en el Reglamento Bruselas I-bis. No es necesario que exista un “vínculo objetivo” entre el litigio y el órgano jurisdiccional designado tácitamente.
- 7º) El tribunal tácitamente designado por las partes debe ser un tribunal al que el Reglamento Bruselas I-bis no otorgaba competencia internacional en virtud de otro foro (P. GOTHOT / D. HOLLEAUX). Ello significa que el acuerdo tácito de las partes puede emplearse para otorgar competencia a un concreto tribunal del Estado miembro donde el demandado tiene su domicilio. En efecto, el art. 4 RB I-bis no otorga competencia internacional a ningún concreto tribunal de un Estado miembro, sino a los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado en su conjunto. Por tanto, el acuerdo tácito de las partes puede hacer internacionalmente competente a un concreto tribunal del Estado miembro del domicilio del demandado²⁰⁴. Eso sí: la sumisión tácita no puede operar para hacer competente a un concreto juez de un Estado miembro que ya dispone, según otros criterios recogidos en el Reglamento Bruselas I-bis, de competencia judicial internacional. Así, las partes no se pueden someter tácitamente al tribunal del lugar de entrega de la mercancía (art. 7.1.b) RB I-bis o al tribunal del lugar del evento dañoso (art. 7.2 RB I-bis)²⁰⁵. *Ejemplo*: el sujeto B y otras personas presentaron en el Landesgericht Wien una demanda de indemnización de daños y perjuicios contra el sujeto A, individuo con domicilio en Malta, en la que alegaban que este sujeto A había secuestrado a los cónyuges o padres de aquéllos en Kazajstán. El tribunal de Viena no es competente con arreglo a ningún foro exclusivo (art. 24 RB I-bis), ni al foro del domicilio del demandado (art. 4 RB I-bis) ni con arreglo al foro del lugar del hecho dañoso (art. 7.2 RB I-bis). En consecuencia, el tribunal de Viena sólo posee competencia judicial internacional en el caso de que el demandante presente su demanda ante dicho tribunal y el demandado conteste a la misma y acepte voluntariamente litigar ante dicho tribunal (STJUE 11 septiembre 2014, C-112/13, A).
- 8º) En el caso de pluralidad de controversias entre las partes (*mehrere Streitgegenstände*), el tribunal tácitamente designado sólo es internacionalmente competente si el demandado se

²⁰¹ STJCE 24 junio 1981, C-150/80, *Elefanten Schuh GmbH v Jacqmain*, ECLI:EU:C:1981:148; STJCE 22 octubre 1981, *Rohr*, y STJCE 7 marzo 1985, C-48/84, *Spitzley/Sommer Exploitation*, ECLI:EU:C:1985:105; STJCE 31 marzo 1982, 25/81, *CHW*, STJCE 14 julio 1983, C-201/82, *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherung AG y otros/Amministrazione del Tesoro dello Stato*, ECLI:EU:C:1983:217; STS 29 septiembre 2005.

²⁰² STJCE 24 junio 1981, C-150/80, *Elefanten Schuh GmbH v Jacqmain*, ECLI:EU:C:1981:148, §§ 14-15; STJUE 27 febrero 2014, C-1/13, *Cartier parfums-lunettes y Axa Corporate Solutions assurances*, ECLI:EU:C:2014:109, § 37.

²⁰³ STJUE 13 julio 2017, C-433/16, *Bayerische Motoren Werke*, ECLI:EU:C:2017:550, §§ 32 y 36.

²⁰⁴ STJUE 17 marzo 2016, C-175/15, *Taser International*, ECLI:EU:C:2016:176, § 25.

²⁰⁵ STJUE 27 febrero 2014, C-1/13, *Cartier parfums-lunettes y Axa Corporate Solutions assurances*, ECLI:EU:C:2014:109, § 34.

somete y acepta la competencia del tribunal en relación con todas y cada una de las diferencias jurídicas (R. GEIMER/R.A. SCHÜTZE).

- 9º) La sumisión tácita recogida en el art. 26 RB I-bis opera sea cual fuere el domicilio de las partes, incluso cuando ambas partes estén domiciliadas en terceros Estados²⁰⁶. La explicación es clara. El art. 26 RB I-bis no exige el domicilio de ninguna de las partes en el territorio de los Estados miembros porque se respeta la autonomía de la voluntad de ambas partes, -que han querido someterse, tácitamente, a un tribunal de un Estado miembro-, y han podido perfectamente prever la aplicación del art. 26 RB I-bis a su pacto tácito de sumisión.

92. Cabe preguntarse *si es posible que las partes otorguen competencia territorial a un concreto órgano jurisdiccional a través del art. 26 RB I-bis*. La doctrina se encuentra dividida ante este complicado dilema:

- 1º) *Doctrina favorable*. Un primer grupo de autores opina que ello es perfectamente posible porque el art. 26.1 RB I-bis no se opone a ello y porque si el art. 25 RB I-bis lo permite, así debe ser también en relación con el art. 26.1 RB I-bis, ya que se aprecia la necesaria identidad de razón entre dichos preceptos que permite la aplicación analógica del art. 25 RB I-bis a la concreta laguna que el art. 26.1 RB I-bis presenta en este punto (P. KAYE, S. O'MALLEY / A. LAYTON). El TJUE parece compartir esta opinión, pues se refiere a “... *la regla general sobre la prórroga tácita de la competencia del juez al que se ha sometido el litigio...*” y no al Estado miembro a cuyos jueces ese ha sometido el litigio²⁰⁷.
- 2º) *Doctrina contraria*. Un segundo grupo de autores sostiene lo contrario: en su opinión, el art. 26.1 RB I-bis es una “norma pura de competencia judicial internacional” o norma pura de “conflicto de jurisdicciones”, y no una norma de competencia territorial (L. MARI, P. GOTHOT / D. HOLLEAUX). Por ello, las partes pueden acordar, de forma tácita, según el art. 26 RB I-bis, que los tribunales de un concreto Estado miembro conozcan del asunto. Será, entonces, el Derecho Procesal Civil de ese Estado miembro el que decidirá qué concreto tribunal ostenta competencia territorial. Las partes podrán prorrogar la competencia de un tribunal que pertenece a un Estado miembro cuyos tribunales no eran competentes, *a priori*, para conocer del litigio.

93. Cuestión muy discutida es decidir *si la sumisión tácita prevista en el art. 26.1 RB I-bis exige el domicilio de alguna de las partes en algún Estado miembro*. Varias posturas se han mantenido.

- 1º) *Tesis paralela*. Ciertos autores opinan que debería exigirse, “paralelamente” a lo dispuesto por el antiguo art. 23 RB-I 2000, que al menos una de las partes estuviera domiciliada en un Estado miembro (V. FUENTES CAMACHO, J.C FERNÁNDEZ ROZAS / S. SÁNCHEZ LORENZO). Esta tesis muestra fuertes carencias. En efecto: a diferencia de los arts. 7-23 RB I-bis, -que exigen expresamente el domicilio del demandado en un Estado miembro-, el art. 24 RB I-bis no exige el domicilio de ninguna de las partes en un Estado miembro-. Así lo ha indicado la STJCE 13 julio 2000, C-412/98, *Group Josi*, ECLI:EU:C:2000:399, §§ 44-45. La no exigencia de domicilio de ninguna de las partes en el territorio de un Estado miembro es lógica: en el caso de sumisión tácita, el acuerdo tiene lugar cuando el litigio ya ha surgido, de manera que ambas partes pueden prever la aplicación del Reglamento Bruselas I-bis a su acuerdo de sumisión tácita. Por otro lado, el legislador europeo ha eliminado la exigencia de domicilio en un Estado miembro también para la sumisión tácita (art. 25 RB I-bis), por lo que esta tesis carece actualmente de todo sustento literal, lógico y valorativo.
- 2º) *Tesis del domicilio del demandado*. Una segunda postura defiende que el art. 26 RB I-bis sólo se aplica si el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro (P. JENARD, J.P.

²⁰⁶ STJCE 13 julio 2000, C-412/98, *Group Josi*, ECLI:EU:C:2000:399, §§ 44 y 45.

²⁰⁷ STJUE 17 marzo 2016, C-175/15, *Taser International*, ECLI:EU:C:2016:176, § 23.

BERAUDE, H. GAUDEMET-TALLON, M. VIRGÓS / F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ). La tesis se apoya en la “nueva redacción” del art. 4.1 RB-I 2000 y del art. 6.1 RB I-bis, diferente a la redacción de ese precepto en el Convenio de Bruselas. El art. 6.1 RB I-bis deja claro que los foros de competencia del Reglamento Bruselas I-bis se aplican sólo si el demandado está domiciliado en un Estado miembro, con la única excepción, expresamente consignada en el art. 6.1 RB I-bis, de las competencias exclusivas (art. 24 RB I-bis), de la sumisión expresa (art. 25 RB I-bis) y de los casos de demandantes partes débiles “consumidor” y “trabajador” (art. 18.1 y 21.2 RB I-bis). Por tanto, el precepto podría haber nombrado como “excepción” a la regla general, también, el caso de la sumisión tácita. Y no lo ha hecho. sin embargo, esta tesis tampoco convence: no tiene ningún sentido no aplicar el art. 26 RB I-bis a casos en los que las partes han podido prever, perfectamente, la aplicación del citado art. 26 RB I-bis a su pacto de sumisión tácita, lo que sucede en todos los casos en los que las partes se someten tácitamente a un tribunal de un Estado miembro, con independencia total del Estado en el que tienen su domicilio.

- 3º) *Tesis expansiva*. La mayor parte de la doctrina opina que el art. 26 RB I-bis opera sea cual fuere el domicilio de las partes, incluso cuando ambas partes estén domiciliadas en terceros Estados (P. MAYER, P. GOTHOT / D. HOLLEAUX, B. AUDIT, P. LAGARDE, P. KAYE, L. MARI, F. SALERNO, etc.). El TJUE también comparte esta tesis²⁰⁸. Como antes se ha indicado, ello encuentra su *raison d'être* en que las partes que se han sometido tácitamente a un tribunal de un Estado miembro han podido perfectamente prever la aplicación del art. 26 RB I-bis a su acuerdo tácito de sumisión. Por otra parte, el legislador europeo ha reforzado esta tesis, pues si no se exige ya que una de las partes tenga su domicilio en un Estado miembro para que la sumisión expresa se rija por el art. 25 RB I-bis, no tiene sentido alguno exigir tal domicilio en un Estado miembro para que sea válida la sumisión tácita, pues el art. 26 RB I-bis no exige tal domicilio. Un ejemplo muy ilustrativo del seguimiento de esta tesis por la jurisprudencia española se encuentra en el caso “*Honeywell*” (A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ). El 1 julio 2002, se produjo un accidente aéreo en el espacio aéreo alemán, sobre la localidad germana de Überlingen, al norte del lago Constanza. Un aparato Tupolev de la Bashkirian Airlines y el Boeing 611 de DHL, colisionaron en pleno vuelo a las 23,35 hrs. Todos los pasajeros y toda la tripulación fallecieron en el accidente. En total, 71 personas perdieron la vida. Tras diversos sucesos legales, los demandantes, en su inmensa mayoría rusos con residencia habitual en Rusia, ejercitaron sus acciones antes los tribunales españoles contra dos empresas demandadas con sede en los Estados Unidos de América (*Honeywell Internacional Inc*, y *Aviation Communication & Surveillance Systems*), a las que los demandantes consideraron responsables de haber diseñado y fabricado un sistema defectuoso para prevenir accidentes aéreos, causa principal del accidente. Los tribunales españoles comprobaron que, para acreditar su competencia internacional, era de aplicación el art. 26 RB I-bis y el foro de la sumisión tácita de los litigantes. Aunque ninguno de los litigantes tenía su domicilio en un Estado miembro, ambos manifestaron su voluntad procesal tácitamente expresada de litigar ante jueces de Barcelona. Estos jueces afirmaron su competencia judicial internacional y entraron a conocer del fondo del asunto.

94. En definitiva, en la práctica, el *foro de la sumisión tácita* (art. 26 RB I-bis) es muy poco atractivo, como táctica procesal, para las víctimas de daños por infracción del Derecho antitrust europeo (A. WOLF)²⁰⁹: (a) El tribunal tiene una *competencia muy limitada*: puede conocer de las acciones interpuestas por la víctima contra un presunto causante del daño que lo acepte; pero aquél seguiría siendo incompetente para conocer de las acciones contra los otros participantes del cártel que también contri-

²⁰⁸ STJCE 13 julio 2000, C-412/98, *Group Josi*, ECLI:EU:C:2000:399.

²⁰⁹ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 176.

buyeron a causar el daño²¹⁰. (b) La competencia del foro de la sumisión tácita es *muy frágil*: para que resulte inoperante, basta que cualquiera de los miembros del cártel que haya sido demandado comparezca, en los términos que ya han sido expuestos, e impugne ante el propio tribunal su competencia judicial internacional²¹¹. (c) La competencia del foro de la sumisión tácita puede ser *extremadamente peligrosa*: si quien ha interpuesto la demanda es el supuesto infractor del Derecho antitrust europeo o uno de ellos, bien pudiera tratarse de una maniobra procesal, como, *ad ex.*, el intento, por una parte, de que dicho tribunal estime una acción declarativa negadora de cualquier daño antitrust (*eine negative Feststellungsklage*) y, por otra, que, en el caso de que haya sido el primero en declararse competente, se invoque la litispendencia internacional europea (*Einrede der Rechtshängigkeit*) frente a los demás tribunales ante los que después se demande la reparación de daños procedentes del mismo asunto²¹².

5. El foro general del domicilio del demandado

95. Son competentes los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio tiene su domicilio el demandado (art. 4 RB I-bis y Cons. [16] RB I-bis)²¹³; aunque, para ello, es preciso que, en el caso de que exista un acuerdo de elección de foro o un acuerdo arbitral, ninguno de ellos, como es habitual, alcance a las demandas por infracción del Derecho antitrust o, simplemente, no exista una relación contractual entre la potencial víctima y el causante del daño antitrust y éstos no hayan concluido, con posterioridad al hecho ilícito, ningún acuerdo de sumisión o arbitral²¹⁴.

96. En este caso, tales tribunales serán competentes para conocer de la “totalidad del ilícito” sufrido, es decir, de todas las reclamaciones por daños sufridos en todo el mundo por la presunta víctima²¹⁵.

97. En relación a este foro cabe anotar lo que sigue:

1º) *Regla de competencia judicial internacional*. El art. 4 RB I-bis contiene una regla de competencia judicial internacional²¹⁶. No es una regla de competencia territorial ni una regla de competencia especial. Por ello, la determinación del concreto órgano jurisdiccional competente se debe realizar con arreglo al Derecho Procesal del Estado miembro en cuestión don-

²¹⁰ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 176.

²¹¹ F. BECKER/J. KAMMIN, “Die Durchsetzung von kartellrechtlichen Schadensersatzansprüchen: Rahmenbedingungen und Reformansätze”, *EuZW*, 2011, pp. 503-507; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 176.

²¹² A. ANTHIMOS, “Rügelose Einlassung und Einrede der Rechtshängigkeit”, *GPR*, 11, 2014, pp. 236-239 (pp. 237 y 238); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 176.

²¹³ *Vid.*, *ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 275-284 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 9-15; P. VLAS, “Article 4”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, pp. 106-112. *Vid.*, *ad ex.*, ATS Civil 21 octubre 2015 (venta de acciones a residente en Alemania) [JUR 2015\301223]; AAP Madrid 6 febrero 2013 (demandado con domicilio en España y posible competencia de tribunales de Marruecos) [CENDOJ 28079370102013200019]; SAP Murcia 27 noviembre 2012 (declinatoria basada en arbitraje internacional) [CENDOJ 30030370012012100547]; SAP Guipúzcoa 25 marzo 2002 [JUR 2002\228306]; AAP Guipúzcoa 10 octubre 2006 (accidente de circulación en Francia y demandado con domicilio en España) [CENDOJ 20069370022006200276].

²¹⁴ R. MONICO, “Il private enforcement nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, pp. 1147-1186 (pp. 1156-1158); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Sipplingen, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 202.

²¹⁵ STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61.

²¹⁶ W.-G. RINGE, “‘Überseering im Verfahrensrecht’ – Zu den Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften auf das Internationale Zivilprozessrecht”, *IPRax*, 2007, pp. 388-395 (p. 390); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Sipplingen, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 203-204.

- de se halle el domicilio del demandado²¹⁷. La errónea redacción del Cons. [15] *in primis*, que se refiere al “*principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado*”, no debe llamar a engaño (J.-P. BERAUDO).
- 2º) *Foro general*. Se dice que el foro del domicilio del demandado en un Estado miembro del Reglamento Bruselas I-bis es un “foro general” porque opera con independencia de varios factores: a) La materia objeto del litigio; b) El tipo de proceso del que se trate: “proceso declarativo”, “proceso ejecutivo”²¹⁸.
- 3º) *Foro débil*. El foro del domicilio del demandado es un “foro débil”, pues no opera si el litigio es objeto de foros de competencia exclusiva (art. 24 RB I-bis), o existe sumisión de las partes a tribunales de otros Estados (arts. 25 y 26 RB I-bis).
- 4º) *Levantamiento del velo: domicilio de la sociedad controlada*. En el caso de que el demandado sea una persona jurídica, se ha sostenido tradicionalmente que no opera la técnica societaria del “levantamiento del velo” (*Lifting the Corporate Veil*). Ejemplo: si el demandado es una sociedad con sede social en Argentina, que es filial de una sociedad con sede en España que la controla económicamente, en el caso de que un tercero demande a la sociedad con sede en Argentina, no podrá hacerlo ante tribunales españoles con arreglo al art. 4 RB I-bis. No es relevante que la “sociedad controlante” o “sociedad madre” tenga su domicilio en España. Cada persona jurídica se trata como un “demandado separado” (*Trennungsprinzip*) a efectos del art. 4 RB I-bis²¹⁹. Es ésta, no obstante, una regla (*Trennungsprinzip*) que, como veremos al ocuparnos de la legitimación procesal pasiva y del litisconsorcio pasivo, es impugnada actualmente, cuando se trata de competencia judicial internacional sobre acciones de resarcimiento por actos anticompetitivos.
- 5º) *Fundamento*. El foro del domicilio del demandado responde a la clásica regla *actor sequitur forum rei*, de origen medieval y raíces romanEsta regla *actor sequitur forum rei* hace competente al “juez natural” del demandado y tiene un triple fundamento jurídico-público, muy bien explicado por M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN y que consiste en los siguiente: a) El Estado con más título para conocer del asunto es el correspondiente al domicilio del demandado, porque si éste se beneficia de los servicios de dicho Estado, debe quedar sujeto al “poder jurisdiccional” del mismo. Existe un vínculo jurídico-político entre el particular y el Poder judicial derivado de la soberanía estatal; b) Este foro permite una adecuada sustanciación del proceso en orden a las pruebas, notificaciones, etc. Asegura un proceso más económico y sencillo; c) Visto que el actor es el que tiene que desplazarse al país del demandado para interponer su demanda, sólo lo hará si tiene sólidas razones para creer que su demanda está fundada y triunfará. La regla evita así procesos infundados y meramente dilatorios que perjudican el correcto ejercicio de la función jurisdiccional.

98. El art. 4 RB I-bis contiene, como se ha indicado, una regla de competencia judicial internacional pura. La errónea redacción del Cons. [15] *in primis*, que se refiere al “*principio de que la competencia judicial se basa generalmente en el domicilio del demandado*”, no debe llamar a engaño (J.-P. BERAUDO). Una vez localizado en un Estado miembro el domicilio del demandado, el Derecho Procesal de dicho Estado miembro precisará el concreto tribunal territorialmente competente. No parece posible contemplar este art. 4 RB I-bis como una regla de “coordinación de sistemas” que hace aplicable el sistema nacional de competencia judicial internacional de cada Estado miembro. Ello conduciría a una paradójica situación: podría darse el caso de que resultase imposible demandar a un sujeto con domicilio en un Estado miembro en dicho Estado si las normas nacionales del mismo no dispusieran de un foro de

²¹⁷ W.-G. RINGE, “‘Überseering im Verfahrensrecht’ – Zu den Auswirkungen der EuGH-Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften auf das Internationale Zivilprozessrecht”, *IPRax*, 2007, pp. 388-395 (pp. 390-391); U. SCHMIDT, *Europäisches Zivilprozessrecht in der Praxis: das 11. Buch der ZPO*, München, Beck, 2004, p. 30; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Sipplingen, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 204.

²¹⁸ SAP Guipúzcoa 25 marzo 2002, o “juicio monitorio” (AAP Cádiz 27 mayo 2003 [CENDOJ 11012370072003200090]; erróneamente AAP Cádiz 31 marzo 2003).

²¹⁹ SAP Madrid 27 junio 2003 [CENDOJ 28079370142003200003].

competencia judicial internacional que atribuya competencia a sus tribunales. Este resultado es contrario al principio de seguridad jurídica y previsibilidad de la competencia judicial internacional en la UE. Por ello esta interpretación del art. 4 RB I-bis como una regla de coordinación de sistemas nacionales de competencia judicial internacional debe ser rechazada.

99. ➤ *Caso 1. Estrategia procesal internacional y foro del domicilio del demandado.* Una empresa con sede social en Milán planea demandar a una empresa con sede social en Valencia por incumplimiento de un contrato internacional de distribución. Las obligaciones de la empresa valenciana debían cumplirse en Francia. Los abogados de la empresa demandante deben decidir ante qué tribunales de qué Estado presentar su demanda. Solución → La empresa milanesa puede demandar a la valenciana ante los tribunales franceses (art. 7.1 RB I-bis = lugar de ejecución del contrato) o ante los españoles (art. 4 RB I-bis = Estado miembro de domicilio del demandado). Es muy posible que le resulte más conveniente hacerlo en España con arreglo al art. 4 RB I-bis, pues es en España donde la empresa valenciana tiene bienes que pueden ser embargados, y, dictada la sentencia, rápidamente ejecutados a instancias de la demandante, la empresa milanesa. Por ello, el foro del domicilio del demandado no sólo beneficia al demandado, que litiga en su país, sino al demandante, que dispone de vías sólidas para una auténtica tutela judicial de su derecho.

100. ➤ *Caso 2. Levantamiento del velo, competencia judicial internacional y domicilio del demandado.* Un banco argentino está controlado por un banco español, que posee el 100% de sus acciones y capital. El banco argentino impide a sus clientes retirar sus ahorros: un caso del llamado “corralito argentino”. Los perjudicados por dichos actos desean iniciar acciones legales pero dudan de cuáles son los tribunales competentes. Solución → Los perjudicados no pueden demandar al banco argentino ante tribunales españoles, aunque el banco argentino y el banco español son “el mismo demandado” y que éste tiene su domicilio en España. El art. 4 RB I-bis trata a cada persona jurídica como potenciales “demandados separados”.

101. El domicilio del demandado debe concretarse en el momento de presentación de la demanda. De ese modo se refuerza la seguridad jurídica²²⁰.

A) Determinación del Estado miembro del domicilio del demandado

102. El Reglamento Bruselas I-bis no pudo ni quiso imponer un concepto material europeo de “domicilio” válido a efectos del Reglamento Bruselas I-bis y común a todos los Estados miembros. La explicación de ello radica en que el concepto de “domicilio” es muy distinto en cada Estado miembro. En particular en los países anglosajones, el concepto de “*domicile*” poco tiene que ver con el concepto de “domicilio” empleado en los países de tradición jurídica continental. Por ello, diseñar e imponer un concepto común de “domicilio” aceptable por todos los Estados miembros fue imposible. El Reglamento Bruselas I-bis contiene ciertas reglas para fijar el domicilio, válidas los efectos de la aplicación de sus normas.

a) Domicilio de las personas físicas

103. Conviene distinguir dos supuestos-

104. a) Domicilio del demandado, persona física, en el país cuyos tribunales conocen del asunto. Para determinar si una parte, persona física, está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal aplicará su Ley interna (art. 62 RB I-bis). Cuando una persona física sea demandada ante los tribunales españoles en virtud del art. 4 RB I-bis, el tribunal español debe comprobar, con arreglo a las normas españolas, si dicho demandado tiene su “domicilio” en España. Y así sucesivamente. Varias observaciones son necesarias:

²²⁰ STSJ Castilla-La Mancha 18 julio 2005 [AS 2005\2583].

- 1º) *Domicilio del demandado persona física en España y residencia habitual (art. 40 CC)*. Para saber si un sujeto, persona física, está domiciliado en España, debe aplicarse el art. 40 CC y no el art. 22 ter.2 LOPJ, que se refiere también al “domicilio del demandado”, pero sólo a efectos de las normas españolas de competencia judicial internacional. El art. 40 CC identifica el “domicilio” con la “residencia habitual”. Por tanto, tiene su domicilio en España la persona que reside habitualmente en España. El concepto de “residencia habitual” es difícil de definir. El TS ha indicado que concurre “residencia habitual” cuando se aprecia: a) “Presencia física” del sujeto en un lugar (*domus colere*): la duración de dicha presencia física no es determinante pero tal presencia es, en todo caso, necesaria; b) “Intención de permanecer” en tal lugar (*animus manendi / settled purpose*). Es importante este elemento pues en casos dudosos, la falta de intención de permanecer del demandado en un lugar indica que dicho sujeto no tiene su domicilio en dicho lugar. El concepto de “residencia habitual” es, además, esencialmente relativo: un sujeto puede tener varios lugares y países en los que se concreta su “residencia habitual”. Por ello, es preciso concretar la residencia habitual con arreglo al “tipo de litigio” del que se trate. Cuando el litigio afecte a la actividad profesional del sujeto, habrá de tenerse en cuenta aquella residencia habitual “relacionada” con las actividades profesionales del sujeto, y no la que opera sólo a efectos personales y familiares. Y viceversa. No son determinantes a efectos de precisar la “residencia habitual” del sujeto en España otros datos secundarios, como el hecho de que la residencia sea “legal” o “ilegal”, o la inscripción en padrones municipales, administrativos o fiscales
- 2º) *Sujeto sin residencia habitual en España (art. 50 LEC)*. En el caso de que, con arreglo a las normas legales españolas, el demandado, persona física, no tenga “domicilio” en España, dicho sujeto no podrá ser demandado ante tribunales españoles en virtud del art. 4 RB I-bis, aunque tenga su “residencia” en España, aunque “se encuentre en España”, o aunque hubiera tenido su “última residencia en España”. En otras palabras: el art. 50 LEC 1/2000 es inaplicable a estos casos, pues dicha norma no regula la competencia judicial internacional de los tribunales españoles. El citado art. 50 LEC es una norma de “competencia territorial”, no una norma de “competencia judicial internacional”²²¹.

b) *Domicilio del demandado, persona física, en otro Estado miembro*. Cuando una parte no estuviera domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocieren del asunto, el tribunal, para determinar si dicha parte está domiciliada en otro Estado miembro, aplicará la Ley de dicho Estado miembro. Es una “solución conflictual”, una “remisión” a una Ley estatal, pues se aplica la Ley del domicilio presunto de la persona demandada. Ciertos Estados, como el Reino Unido, han adoptado una definición específica de “domicilio” a efectos del Reglamento Bruselas I-bis (Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, núm. 24 en DOUE 13 diciembre 2009).

b) Domicilio de personas jurídicas

106. Se considera que una sociedad u otra persona jurídica está domiciliada en el lugar en que se encuentre: (a) su sede estatutaria; (b) su administración central, o (c) su centro de actividad principal (art. 63 RB I-bis). En torno a esta noción triple y material de “domicilio” de las personas jurídicas, cabe formular algunas precisiones:

- 1º) Esta noción de “domicilio” está inspirada en la empleada por el art. 54 TFUE, precepto que regula la libertad de establecimiento de personas jurídicas en la UE.
- 2º) El art. 63 RB I-bis contiene, a estos efectos, una “noción material” de domicilio de la persona jurídica. El precepto no se remite a ninguna Ley estatal ni recurre a nociones tomadas de ningún Derecho nacional.

²²¹ Con enorme confusión: AAP Cádiz 27 mayo 2003 [CENDOJ 11012370072003200090].

- 3º) Al utilizar un criterio triple de domicilio de la persona jurídica, aumentan las posibilidades de demandar a una empresa en virtud del art. 4 RB I-bis. En efecto, tribunales de varios Estados miembros pueden ser competentes con arreglo al art. 4 RB I-bis. Ello refuerza la tutela judicial efectiva e incentiva el comercio internacional con las empresas internacionales, pues en el caso de que no cumplan sus obligaciones, la contraparte dispone de la posibilidad de demandarlas ante tribunales de varios Estados miembros en virtud del art. 4 RB I-bis.
- 4º) Con este “triple concepto de domicilio” se evita toda posibilidad de *Forum Non Conveniens* entendido en sentido anglosajón puro (G.A.L. DROZ / H. GAUDEMET-TALLON). *Ejemplo 1*: si una sociedad dispone de su sede estatutaria en Londres, pero desarrolla su actividad comercial principal en España, el tribunal inglés está obligado a declararse competente. *Ejemplo 2*: si una sociedad tiene su sede estatutaria en Londres pero despliega la totalidad de sus actividades comerciales en Argentina, el juez inglés también está obligado a declararse competente en aplicación del art. 4 RB I-bis.

107. Diversas precisiones necesarias resultan en este punto:

- 1º) *Domicilio de personas jurídicas en Derecho anglosajón y art. 63 RB I-bis*. Visto que en Derecho anglosajón se desconoce el concepto de “sede estatutaria”, el art. 63.2 RB I-bis indica que “[p]ara Irlanda, Chipre y el Reino Unido, la expresión ‘sede estatutaria’ se equiparará a la registered office y, en caso de que en ningún lugar exista una registered office, al place of incorporation (lugar de constitución) o, a falta de tal lugar, el lugar conforme a cuya legislación se haya efectuado la formación (creación) de la sociedad o persona jurídica”.
- 2º) *Domicilio del trust y art. 63 RB I-bis*. Según el art. 63.2 RB I-bis, para determinar si un trust está domiciliado en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto, el tribunal aplicará las reglas de su Derecho internacional privado. En Derecho anglosajón, los trusts, en realidad, no tienen domicilio, porque no son personas jurídicas, pero sí disponen de una sede jurídica natural o *situs of the trust*.
- 3º) *Domicilio de la sociedad europea y art. 63 RB I-bis*. Dudas muy relevantes surgen en el caso de una Sociedad anónima europea (SE). La SE tiene su sede social en el Estado miembro donde posee su “administración central” (art. 7 R. 2157/2001). Algunos autores sostienen que la SE sólo puede ser demandada en ese país (F. SALERNO). Pero esta postura no parece correcta: el art. 63 RB I-bis es muy claro al respecto al permitir el “triple concepto de domicilio” en relación a toda persona jurídica. Además, una interpretación restrictiva del art. 63 RB I-bis en relación con la SE, colocaría a ésta en situación de “ventaja procesal” en relación con las demás personas jurídicas “nacionales”, lo que no parece justificado.
- 4º) *Elección de domicilio y Reglamento Bruselas I-bis*. Es frecuente, en los contratos internacionales, una “elección de domicilio” por las partes. Dicha elección no opera a efectos del art. 4 RB I-bis, pues el Reglamento no permite a las partes “elegir el domicilio”. Si ello se permitiera, se fomentarían los fraudes y se vulneraría la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción. Por tanto, tales cláusulas de “elección de domicilio” se equiparan, en su caso, a una cláusula de “sumisión expresa” (M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN).

B) Conflictos de domicilios

108. La inexistencia de una noción autónoma y única de “domicilio” en el Reglamento Bruselas I-bis, hace surgir “conflictos positivos y negativos de domicilios”

a) Conflictos positivos de domicilios de personas físicas

109. Una persona física puede tener, con arreglo a los respectivos Derechos nacionales, su domicilio en dos o más Estados miembros del Reglamento Bruselas I-bis. En tal supuesto, dos datos son relevantes: (a) El demandante puede elegir en qué país demandar, visto que el demandado está domiciliado

en varios Estados miembros; (b) Si el actor demanda en un Estado miembro en el que está domiciliado el demandado, sus tribunales se declararán competentes aunque tenga también domicilio en otro Estado miembro del Reglamento Bruselas I-bis, pues prevalece siempre el domicilio que se concreta en el país cuyos tribunales conocen del asunto.

b) Conflictos positivos de domicilios de personas jurídicas

110. En el caso de las personas jurídicas, visto que existen tres criterios materiales que sirven para determinar el domicilio, tribunales de distintos Estados miembros pueden declararse competentes. Varios datos son importantes: (a) El demandante puede elegir ante qué tribunales de qué país desea demandar; (b) Si se demanda en varios países a la vez, para determinar qué tribunales estatales deben conocer, se acudirá a las reglas de la litispendencia (art. 31 RB I-bis): tendrán preferencia los tribunales estatales ante los que se interpone la demanda en primer lugar.

c) Conflictos negativos de domicilios de personas físicas

111. Surgen en el caso de sujetos no domiciliados en ningún Estado miembro, pero que desarrollan su vida o actividades principales en el territorio de los Estados miembros. Varias teorías se enfrentan:

- 1º) *Teoría del “sistema cerrado”*. Algunos autores afirman que cuando no se puede litigar ante tribunales de ningún Estado miembro por el hecho de que el demandado no dispone, con arreglo a los distintos Derechos de los diferentes Estados miembros, de un domicilio en ningún Estado miembro, se deberá acudir entonces ante tribunales de un tercer Estado. con otras palabras: no se podrá litigar en la UE. Sin embargo, esta tesis puede incurrir en “denegación de Justicia”, algo vetado por el art. 6 CEDH, por el art. 24 CE e incompatible con el sistema y objetivos del Reglamento Bruselas I-bis, pues obliga al demandante a litigar en un tercer Estado que puede negar la competencia de sus tribunales o ser un país en el que el acceso a la Justicia supone una carga procesal desmesurada.
- 2º) *Teoría del “foro de necesidad”*. Distintos autores sostienen que, para no dañar la tutela judicial efectiva y salvaguardar el art. 6 CEDH, debe permitirse la posibilidad de litigar en algún Estado miembro mediante la apertura de un “foro de necesidad”. Pero cuidado: esta posibilidad sólo es admisible si se acredita un “ligamen efectivo” entre el supuesto y el Estado miembro cuyos tribunales deberían conocer del asunto (S. OTHENIN-GIRARD). Varias tesis han surgido: (a) *Foro de necesidad patrimonial*: debe poderse demandar en el Estado miembro donde el sujeto posee bienes susceptibles de ejecución (J. KROPHOLLER); (b) *Foro de necesidad por residencia habitual*. Debe poderse demandar ante los tribunales del Estado donde la persona física tiene su “residencia habitual” (P. COURBE, B. AUDIT, G.A.L. DROZ, R. GEIMER); (c) *Foro de necesidad libremente elegido*. Debe poderse demandar ante los tribunales de cualquier Estado miembro en el que el sujeto despliega sus actividades, libremente elegido por el demandante (M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN).

d) Conflictos negativos de domicilios de personas jurídicas

112. La “regla de base” para abordar este problema es la siguiente. El Reglamento Bruselas I-bis dispone de “nociones materiales” sobre el domicilio de las personas jurídicas, de modo que si ninguno de los tres criterios permite localizar el domicilio de la persona jurídica en un Estado miembro del Reglamento Bruselas I-bis, ningún tribunal estatal de tales países se declarará competente sobre la base del foro recogido en el art. 4 RB I-bis. Ahora bien, una “regla especial” se impone en ciertos casos: es posible que existan personas jurídicas que desarrollan todas sus actividades en la UE, pero respecto de las que ningún tribunal de un Estado miembro sea competente, porque el art. 63 RB I-bis no las considera domiciliadas en ningún país de la UE, ya que no desarrollan su “actividad principal” en un país concreto de la UE, aunque sí “en la UE”. En este caso específico, el art. 63 RB I-bis necesita un

“desarrollo judicial”: para evitar la denegación de Justicia, puede utilizarse la ficción de considerar a la sociedad domiciliada en cualquier Estado miembro en el que realiza sus actividades de modo evidente (*Doing Business Rule*).

6. Los foros especiales

A) El *forum delicti commissi*

113. Indica el art. 7.2 RB I-bis que: “[l]as personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro (...) 2) en materia delictual o cuasidelictual, ante el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso”²²². Varios aspectos básicos de este foro deben subrayarse.

114. La existencia de este foro se justifica por *dos razones*:

- 1º) *Justificación económica: costes reducidos de litigación internacional y principio de proximidad.* Este foro designa como competentes a los tribunales ante los cuales el coste de litigación internacional es el más reducido para ambas partes. En otras palabras, más formales, son “tribunales próximos al litigio”, cuya competencia puede ser razonablemente prevista por ambos litigantes y que, por ello, comporta costes de litigación internacional reducidos para ambas partes²²³. El foro recogido en el art. 7.2 RB I-bis no persigue favorecer a ninguna de las partes en el litigio, ni a la presunta víctima (*favor laesi*) ni al presunto causante y/o presunto responsable del presunto daño²²⁴. Ambos sujetos, presunta víctima y presunto responsable del daño, pueden utilizar este foro para ejercitar acciones ante los tribunales de un Estado miembro²²⁵. Este foro cumple, por tanto, con el *principio de proximidad*²²⁶.
- 2º) *Justificación económica: la buena administración de la justicia y la sustanciación adecuada del proceso.* Este foro permite una “buena administración de la Justicia” o “sustanciación adecuada del proceso”. En efecto, el tribunal que corresponde al “lugar del daño” es un tribunal que puede desarrollar su labor jurisdiccional de manera efectiva y real, con calidad jurídica, y a un coste reducido, esto es, de manera eficiente²²⁷. Al fin y al cabo, el lugar donde

²²² *Vid., ad ex.,* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 328-405 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); C. GRAF-SCHIMEK, “Die Rom II-VO und die internationale Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO”, en D. AICHBERGER-BEIG (HRSG.), *Rom II-VO: neues Kollisionsrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse*, Wien, Manz, 2008, pp. 17-35; R. HAUSMANN, “Internationale Zuständigkeit für Wettbewerbsverletzungen im Internet”, en *Zwischen Gestern und Morgen: Medien im Wandel: Festschrift für Mathias Schwarz zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 2017, pp. 335-349; P. MANKOWSKI, “Der europäische Gerichtsstand des Tatortes aus Art. 5 Nr. 3 EuGVVO bei Schadensersatzklagen bei Kartelldelikten”, *WuW*, 2012, pp. 797-807; *Id.*, “Article 7”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, pp. 121-369 (pp. 262-340); F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 15-31; R. MONICO, “Il private enforcement nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, pp. 1147-1186 (pp. 1158-1169); W.-H. ROTH, “Der europäische Deliktsgerichtsstand in Kartellstreitigkeiten”, en *Rechtslage, Rechtskenntnis, Rechtsdurchsetzung: Festschrift für Eberhard Schilken zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2015, pp. 427-444.

²²³ Cons. [16] RB I-bis); STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen y Ilsja*, ECLI:EU:C:2017:766, § 28; STJUE 16 junio 2016, C-12/15, *Universal Music International Holding*, ECLI:EU:C:2016:449, § 26; STJCE 27 octubre 1998, C-351/96, *Drouot assurances/Consolidated metallurgical industries y otros*, ECLI:EU:C:1998:242; STJUE 25 octubre 2012, C133/11, *Folien Fischer y Fofitec*, ECLI:EU:C:2012:664, § 33.

²²⁴ STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen y Ilsja*, ECLI:EU:C:2017:766, § 39; STJCE 11 enero 1990, C-220/88, *Dumez France y otros/Hessische Landesbank y otros*, ECLI:EU:C:1990:8.

²²⁵ STJUE 25 octubre 2012, C133/11, *Folien Fischer y Fofitec*, ECLI:EU:C:2012:664, § 47.

²²⁶ *Vid., ad ex.,* C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 175: “La deroga alla regola generale si spiega [...] con lo stretto legame che la causa presenta con lo Stato menzionato nella norma”.

²²⁷ STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen y Ilsja*, ECLI:EU:C:2017:766, §§ 26-28; STJUE 16 junio 2016, C-12/15, *Universal Music International Holding*, ECLI:EU:C:2016:449, §§ 26-27; STJUE 25 octubre 2012, C133/11, *Folien Fischer y Fofitec*, ECLI:EU:C:2012:664, § 37; STJUE 21 abril 2016, C-572/14, *Austro-Mechana*, ECLI:EU:C:2016:286,

se ha producido el hecho dañoso es el lugar donde, con una alta probabilidad, se deberán recabar pruebas, datos y hechos que son necesarios para que los tribunales puedan decidir adecuadamente el litigio²²⁸.

115. La expresión “lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso” se ha traducido, en la práctica, por obra de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dictada en cuestiones de daños ajenas al Derecho antitrust, en el reconocimiento de la posibilidad que tiene el actor de interponer la demanda ante los tribunales del Estado (o Estados) en que se ha producido el daño como ante los tribunales del Estado (o Estados) en que se ha producido el hecho generador del daño (*teoría de la ubicuidad, teoria dell’ubiquità dell’illecito, principle of ubiquity*)²²⁹. La *tesis de la ubicuidad* no persigue favorecer a la víctima: no es un “favor a la víctima, dictado por ‘la ideología de la reparación’”²³⁰. Sin embargo, es inevitable concluir que, en la práctica, potencia no el *Forum Victimae*, pero sí el *Forum Actoris*. En efecto, con mucha frecuencia, el país donde se verifica el resultado lesivo es el país donde está domiciliado el demandante, sea éste la presunta víctima o el presunto responsable²³¹.

116. Por otra parte, el hecho de que la *tesis de la ubicuidad* se haya originado en materia de daños ajenos al Derecho antitrust, obliga a plantearse si es adecuada su extensión a los ilícitos concurrentes y si el concepto de *lugar del hecho dañoso* debe interpretarse igual en el caso del art. 101 TFUE (*ententes*) que en el del art. 102 TFUE (*abusos de posición dominante*).

117. En el caso, de los *acuerdos colusorios lato sensu*, se observan datos fácticos y jurídicos muy relevantes. Es un foro que puede resultar *impracticable*; porque, con frecuencia, se ignora dónde se celebró el intercambio de voluntades entre los integrantes del cártel (*ad ex.*, donde fueron las reuniones entre los representantes de las empresas implicadas en el acuerdo anticompetitivo): es *improbable* que se realizase en un solo lugar y en un solo momento determinado²³². Otras veces, existen varios lugares, pertenecientes a distintos Estados miembros de la UE, en los que despliegan sus efectos los acuerdos alcanzados por los cartelistas (*daños plurilocalizados*)²³³. Por último, interpretada al pie de la letra la *tesis de la ubicuidad*, atribuye a la víctima un derecho a escoger el tribunal estatal competente tan amplio que a algunos autores les parece *excesivo*²³⁴.

118. En el supuesto de los *abusos de posición dominante*, un sector doctrinal interpreta que la *tesis de la ubicuidad* carece de utilidad, al menos en la mayoría de los casos; puesto que el abuso de posición dominante y su efecto lesivo acostumbran a producirse en el mismo mercado²³⁵.

§ 30; STJUE 16 mayo 2013, C-228/11, *Melzer*, ECLI:EU:C:2013:305, § 26; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635, § 27; STJUE 5 junio 2014, C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318, § 47; STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28, § 19; STUE 28 enero 2015, C-375/13, *Kolassa*, ECLI:EU:C:2015:37, § 46.

²²⁸ D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. II (*Partie spéciale*), 3ª ed., Paris, 2014, p. 501.

²²⁹ C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 175.

²³⁰ D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. II (*Partie spéciale*), 3ª ed., Paris, 2014, p. 505.

²³¹ STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166; STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61.

²³² *Vid.*, *ad ex.*, C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 175-176.

²³³ *Vid.*, *ad ex.*, C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 176.

²³⁴ *Vid.*, *ad ex.*, C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 176.

²³⁵ *Vid.*, *ad ex.*, C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 176; J. KAMMIN, *Reforming private antitrust enforcement in Europe: between harmonisation and regulatory competition*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014, p. 148.

a) Doble carácter del foro del lugar del hecho dañoso

119. El foro contenido en el art. 7.2 RB I-bis es un foro tanto de *competencia judicial internacional* como de *competencia territorial*²³⁶. En tal sentido, el foro recogido en el art. 7.2 RB I-bis otorga competencia a los tribunales de un concreto “lugar” determinado, y no sólo a los tribunales de un Estado miembro en su conjunto. No obstante, pueden presentarse casos en los que la competencia de los tribunales de un Estado miembro sea clara, pero no sea posible identificar el concreto órgano jurisdiccional competente de dicho Estado. Es el caso de ilícitos verificados a bordo de buques o aeronaves. En dicho supuesto, pueden aplicarse las normas del Derecho Procesal de dicho Estado miembro para concretar el órgano judicial territorialmente competente²³⁷.

b) Acciones cubiertas por el art. 7.2 RB I-bis

120. El foro recogido en el art. 7.2 RB I-bis es, realmente, un foro muy previsor. En todos los sentidos. Cubre las siguientes acciones (M. VIRGÓS/F. GARCIMARTÍN): (a) Acciones de resarcimiento o de indemnización derivadas de un daño; (b) Acciones de cesación de una conducta, comportamiento o actividad; (c) Acciones de exoneración de responsabilidad no contractual, así como acciones de negación de la existencia de dicha responsabilidad (*acciones declarativas negativas, negative declaratory action, action dénégatoire de responsabilité, azione di accertamento negativo, negative Feststellungsklage*), que se utilizan para obtener de un tribunal un pronunciamiento declarativo en el que se hace constar que un sujeto no ha vulnerado y/o no está vulnerando un derecho del que es titular un tercero y que no está incurriendo en ninguna responsabilidad jurídica extracontractual²³⁸; (d) Acciones legales preventivas, que se utilizan para evitar daños todavía no verificados pero que podrían verificarse en el futuro. El art. 7.2 RB I-bis es, en este punto, totalmente transparente, pues indica que será competente el tribunal del lugar donde se hubiere producido o “*puddere producirse*” el hecho dañoso; (e) Acciones de ejercicio del derecho de réplica o contestación y de rectificación, de utilización muy frecuente en el ámbito de la vulneración de los derechos de la intimidad, propia imagen y derecho al honor de las personas físicas; (f) Acciones colectivas de inhibición que ejercitan ciertos colectivos de sujetos, asociaciones o instituciones, como los consumidores para obligar a ciertos empresarios a no utilizar determinadas “condiciones de generales de la contratación” en un país concreto o a abstenerse de ciertos comportamientos desleales en el mercado²³⁹.

121. *Caso. Acciones declarativas de daños por infracción del Derecho de la competencia como alternativa o en ausencia de acciones de condena por daños (2016)*. La empresa pública alemana encargada del transporte público de cercanías en el área central del Ruhr demandó por daños derivados del incumplimiento de las normas del Derecho de la competencia ante los tribunales alemanes a las principales empresas proveedoras de las infraestructuras de transporte ferroviario (*Eisenbahnoberbaumaterialien*), en especial rieles, interruptores y traviesas (*Schienen, Weichen und Schwellen*), que habían sido adquiridas entre los

²³⁶ Vid., ad ex., D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. II (*Partie spéciale*), 3ª ed., Paris, 2014, p. 501; C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 175.

²³⁷ Para España, vid. arts. 50-52 LEC.

²³⁸ STJUE 25 octubre 2012, C133/11, *Folien Fischer y Fofitec*, ECLI:EU:C:2012:664, §§ 36-37. Vid., ad ex., P. BLANCO-MORALES LIMONES, “Acciones declarativas negativas y forum delicti commissi. ¿Galgos o podencos?: la litispendencia. Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de octubre de 2012. Folien Fischer AG y Fofitec AG contra Ritrama SpA.”, *CDT*, 5, 1, 2013, pp. 240-253; D. BUREAU/H. MUIR WATT, *Droit international privé*, T. II (*Partie spéciale*), 3ª ed., Paris, 2014, pp. 514-516; T. DOMEJ, “Negative Feststellungsklagen im Deliktsgerichtsstand”, *IPRax*, 2006, pp. 550-555; C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 181-182; M. GARAVAGLIA, “Azione di accertamento negativo e forum delicti nel Regolamento CE n. 44/2001”, *Rivista di diritto processuale*, LXVIII, 4-5, 2013, pp. 1248-11260; M. GEBAUER, “Negative Feststellungsklage am Gerichtsstand der unerlaubten Handlung”, *ZEuP*, 2013, pp. 870-889; R. MONICO, “Il private enforcement nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, pp. 1147-1186 (pp. 1169-1174); H. RÜSSMANN, “Negative Feststellungsklage und Leistungsklage sowie der Zeitpunkt der endgültigen Rechtshängigkeit im Rahmen des EuGVÜ”, *IPRax*, 1995, pp. 76-80; C. THOLE, “Aktuelle Entwicklungen bei der negativen Feststellungsklage”, *NJW*, 2013, pp. 1192-1196.

²³⁹ STJCE 1 octubre 2002, C-167/00, *Henkel*, ECLI:EU:C:2002:555.

años 2001 y 2011. La pretensión de la demandante era la mera declaración de la existencia de responsabilidad civil por daños anticompetitivos, no la cuantificación de estos últimos. Las empresas demandadas se opusieron, alegando que no podía interponerse una acción declarativa positiva sin haber presentado una acción declarativa de condena. ¿Quién tenía razón? Solución → Ésta es una cuestión procesal (la estructura y clases de procedimientos existentes en un ordenamiento jurídico), que debe resolverse conforme a la *lex fori*. De acuerdo con el Derecho procesal alemán, el LG Dortmund apreció que sí existía un interés legítimo en interponer este tipo de acciones, aun en ausencia de cualquier acción de condena de cantidad; ya que son acciones mucho más breves que las que tienen, como objetivo, la cuantificación de los daños, requieren un menor esfuerzo y tienen un menor coste; lo que facilita una posterior negociación de las partes²⁴⁰.

c) Factores indiferentes para el funcionamiento del foro recogido en el art. 7.2 RB I-bis. “Hecho”, “daño” y “hecho dañoso” como elementos del foro de competencia

122. El foro del art. 7.2 RB I-bis opera con independencia de los siguientes factores: (a) Es irrelevante que el derecho subjetivo vulnerado o el bien jurídico protegido presuntamente lesionado estén o no admitidos como tales en el Derecho sustantivo del país donde se presenta la demanda (*Lex Fori*). Ésa es una cuestión de fondo del asunto que no corresponde decidir al art. 7.2 RB I-bis; (b) No es preciso que se pruebe, antes o en el momento de presentar la demanda, que se ha producido un “daño” a un bien jurídico, pues eso es, realmente, una cuestión de “fondo”, cuestión que es la que debe decidir el tribunal en su decisión mediante la aplicación de una concreta Ley estatal a la que llega mediante una norma de conflicto. Será suficiente, por lo tanto, un “principio de prueba” o la concurrencia de indicios razonables de que se ha producido o se puede producir un daño (D. BUREAU/H. MUIR WATT). Estos aspectos relativos al “principio de prueba” serán valorados por el tribunal con arreglo a las pautas de su propio Derecho Procesal (art. 3 LEC)²⁴¹. El art. 7.2 RB I-bis sólo exige que el “hecho” presuntamente generador del daño haya ocurrido en un Estado miembro para que los tribunales de dicho Estado resulten competentes para conocer del asunto. No se exige que se demuestre que ha existido un “daño”. Se exige, solamente, que el “hecho” controvertido haya ocurrido realmente, que de tal “hecho” se pueda derivar una responsabilidad extracontractual y que tal “hecho” haya ocurrido en un concreto Estado miembro²⁴². Indica el TJUE que la cuestión de si un concreto uso de una palabra en un anuncio “*vulnera efectivamente el derecho de marca, pertenece al ámbito del examen del recurso en cuanto al fondo, que el órgano jurisdiccional competente llevará a cabo a la luz del Derecho material aplicable*”²⁴³.

d) Demandas por responsabilidad extracontractual contra varios sujetos

123. Es frecuente que los distintos Derechos nacionales contengan reglas sobre imputación de la responsabilidad civil en casos de actos lesivos en los que han participado varios sujetos. Dos casos deben diferenciarse:

- 1º) *Varios presuntos responsables del ilícito extracontractual y determinación del lugar del “hecho causal”*. El § 830 BGB alemán indica que “1. Cuando varias personas hubiesen causado un daño por un acto ilícito realizado conjuntamente, todas ellas responderán por él. Lo mismo ocurrirá cuando sea imposible determinar cuál de las personas implicadas ha causado el daño con su actuación. 2. A los coautores se asimilan los inductores y los cómplices”. Pues bien, cuando un sujeto víctima de un perjuicio decide demandar a varias per-

²⁴⁰ Sentencia LG Dortmund 21 diciembre 2016, 8 O 90/14 [Kart], ECLI:DE:LGDO:2016:1221.8090.14KART.00.

²⁴¹ STJUE 16 junio 2016, C-12/15, *Universal Music International Holding*, ECLI:EU:C:2016:449, §§ 44-45: el tribunal que conoce de un asunto “debe examinar, a la hora de comprobar si es competente con arreglo al art. 7.2 RB I-bis, todos los elementos de que disponga, incluidas, en su caso, las objeciones formuladas por el demandado”; STJUE 28 enero 2015, C-375/13, *Kolassa*, ECLI:EU:C:2015:37, §§ 62-65; STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61, §§ 37-40.

²⁴² SAP Asturias 10 febrero 2012 (accidente de circulación ocurrido en Marruecos) [ECLI:ES:APO:2012:283]; STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, §§ 21 y 26.

²⁴³ STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 26.

sonas ante el tribunal del Estado miembro del lugar del “hecho generador” o “hecho causal”, resulta que sólo podrá demandar a través del art. 7.2 RB I-bis ante dicho tribunal al sujeto que haya operado o intervenido en el país donde se ha producido el “hecho generador” pero no a los sujetos que no han actuado en tal Estado miembro²⁴⁴. No es posible utilizar las reglas de un concreto Derecho material para atraer, *ex art. 7.2 RB I-bis*, ante los tribunales de un Estado miembro a sujetos que no han actuado en dicho Estado miembro. En tal caso, el art. 7.2 RB I-bis se convertiría en un foro exorbitante que no permitiría al demandado prever la competencia internacional de los tribunales de los Estados miembros.

2º) *Varios presuntos responsables del ilícito extracontractual y determinación del lugar del “daño”*. Este caso ha sido abordado por la STJUE 5 junio 2014, C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318²⁴⁵, y por la STJUE 3 abril 2014, C-387/12, *Hi Hotel*²⁴⁶. En el caso objeto de esta sentencia, resulta que el Sr. Spoering, reputado fotógrafo, tomó 25 diapositivas del interior de distintas habitaciones del hotel que la empresa Hi Hotel explota en Niza (Francia) en el año 2003. El Sr. Spoering cedió a Hi Hotel el derecho de explotar tales fotografías en folletos publicitarios y en sus páginas de Internet. En el año 2008, el Sr. Spoering descubrió, en una librería de Colonia, un libro ilustrado publicado por la editorial Phaidon, con domicilio social en Berlín (Alemania), que contenía reproducciones de nueve fotografías que él había tomado del interior del hotel explotado por Hi Hotel en Niza. El Sr. Spoering consideró que Hi Hotel había vulnerado sus derechos de autor sobre las fotografías al transmitírselas a un tercero, la editorial Phaidon de París, y demandó judicialmente a Hi Hotel en Colonia (Alemania) y solicitó que Hi Hotel cesase en la reproducción, difusión y exposición en el territorio alemán de las fotografías en cuestión, así como una indemnización por los daños sufridos por el demandante, el Sr. Spoering. Es claro que el hecho causal del hecho dañoso está constituido por la cesión de las fotografías a terceros, lo que se produjo en Francia, y que el daño está constituido por la publicación de las fotografías, lo que se verificó en Alemania. Pues bien, es preciso realizar varias consideraciones

- a) En este caso, el hecho causal (= cesión ilícita de las fotografías) se ha producido en Francia. Por tanto, los tribunales alemanes no son competentes para conocer de dicho litigio en virtud del foro del lugar del “hecho causal” *ex art. 7.2 RB I-bis*.
- b) En este caso, el daño (= publicación ilícita de las fotografías) se ha producido en Alemania. Por tanto, los tribunales alemanes sí son competentes para conocer de dicho litigio en virtud del foro del lugar del “daño” *ex art. 7.2 RB I-bis*. Los tribunales alemanes sólo son competentes para conocer de los perjuicios causados en Alemania, y no de los producidos en Francia.
- c) Cuando varios sujetos han intervenido en ilícitos extracontractuales pero la demanda se dirige exclusivamente contra un solo sujeto, es irrelevante el Estado o Estados donde

²⁴⁴ STJUE 16 mayo 2013, C-228/11, *Melzer*, ECLI:EU:C:2013:305, § 41; STJUE 5 junio 2014, C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318, § 51.

²⁴⁵ R. HACKBARTH, “EuGH ‘Coty’: Teilnehmerhandeln im Ausland und internationale Zuständigkeit deutscher Gemeinschaftsmarkengerichte”, *GRUR-Prax.*, 2014, pp. 320-322; J. VON HEIN, “Markenrecht: Internationale Zuständigkeit bei Markenverletzung durch mehrere Beteiligte”, *EuZW*, 2014, pp. 667-668; R. JANAL, “Die Plattform-Ökonomie vor dem EuGH: zu den Schlussanträgen des Generalanwalts in der Rs. Coty Germany/Parfümerie Akzente”, *EuZW*, 28, 21, 2017, pp. 844-849; A. KUR, “Durchsetzung gemeinschaftsweiter Schutzrechte: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht - Zugleich Anmerkung zu den Entscheidungen EuGH, Rs. C-360/12 – Coty und EuGH, Rs. C-479/12 – Gautzsch”, *GRUR Int.*, 2014, pp. 749-760; M. LAZOUZI, “Cour de justice, 4e ch., 5 juin 2014, Coty Germany, aff. C-360/12, ECLI:EU:C:2014:1318”, en *Jurisprudence de la CJUE 2014*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 833-835; C. LAURICHESSE, “Cour de justice de l’Union européenne - 5 juin 2014 - Aff. C-360/12”, *RCDIP*, 2015, n° 1, pp. 197-207; G. MUSGER, “Verletzung einer Gemeinschaftsmarke: Zuständigkeit für markenrechtliche und parallele lauterkeitsrechtliche Ansprüche”, *ÖBl*, 2014, pp. 281-282; C. REYDELLET, “Leçon 2: De la matière délictuelle et de sa qualification...”, *Revue Lamy droit des affaires*, 2016, n° 111, pp. 33-36.

²⁴⁶ K. AUERNIG/C. KOLLER/M. SLONINA, “Keine Handlungsortszurechnung des Mittäters bei Urheberrechtsverletzung; Mo-saikprinzip für Erfolgsortsgerichtsstand”, *Ecolex*, 2014, pp. 433-434; M. MÜLLER, “EuGVVO: Deliktgerichtsstand bei Teilnahmehandlung in anderem Mitgliedstaat – Hi Hotel”, *EuZW*, 2014, pp. 434-435; C. REYDELLET, “Leçon 2: De la matière délictuelle et de sa qualification...”, *Revue Lamy droit des affaires*, 2016, n° 111, pp. 33-36.

hayan operado los demás sujetos que intervinieron en el acto ilícito. Si en relación con el mismo hecho dañoso los sujetos A, B y C operaron en Alemania (lugar del daño) y el sujeto D operó sólo en Francia (lugar del hecho causal), los tribunales alemanes no son competentes con arreglo al foro del lugar del hecho causal *ex art. 7.2 RB I-bis* para conocer de la demanda dirigida contra la empresa D. Visto que el daño sí se ha producido en el territorio alemán, los tribunales alemanes sí son competentes para conocer de la demanda dirigida contra D en relación con los perjuicios producidos en Alemania²⁴⁷.

e) Precisión del “lugar del hecho dañoso”

124. Como ha subrayado, entre otros, C. FRATEA, la expresión “lugar del hecho dañoso” no está libre de dificultades interpretativas, debido fundamentalmente a dos hechos: que el hecho generador del daño puede ser una “conducta territorialmente dispersa” (en varios Estados) y/o que los efectos dañosos se produzcan “en más de un Estado”²⁴⁸.

125. En relación con el hecho generador del daño, cuando éste es una “conducta territorialmente dispersa” (C. FRATEA), debe recordarse que la STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 56, proclamó que: Cuando se reclama judicialmente una indemnización a demandados domiciliados en diferentes Estados miembros a causa de una *infracción única y continuada del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE* en la que han participado esos demandados en varios Estados miembros. en diferentes momentos y lugares, infracción que ha sido declarada por la Comisión, el hecho dañoso se ha producido respecto a cada supuesta víctima considerada individualmente y cada una de esas 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 solo como el hecho causal del perjuicio alegado*, o bien ante el tribunal del *lugar de su propio domicilio social*.

126. Casi tan importante como el *abanico de posibilidades* que el Tribunal de Justicia permitió a las presuntas víctimas de daños anticompetitivos es el hecho de que no siguiera la opinión del Abogado General, Sr. N. JÄÄSKINEN, quien, en sus conclusiones (11 diciembre 2014), llegó a afirmar que: “*Si bien no puede excluirse, en principio, la aplicación del artículo 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I en el marco de una acción de daños y perjuicios basada en una infracción del artículo 101 TFUE, me inclino, no obstante, a considerar que tal disposición no puede aplicarse útilmente en relación con el caso particular de un cártel de carácter horizontal, que ha tenido una duración importante, que ha restringido la competencia en el conjunto del territorio de la Unión y cuya estructura es muy compleja, al haber dado lugar a toda una serie de acuerdos y prácticas colusorias, lo cual ha ocasionado que tanto los participantes en el cártel como las víctimas de los daños invocados estén dispersos en un gran número de Estados miembros [...] En conclusión, por analogía con lo declarado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Besix, considero que la regla de competencia especial en materia delictual o cuasi-delictual, formulada en el artículo 5, punto 3, del Reglamento Bruselas I, es inoperante en el supuesto de que, como ocurre en el litigio principal, no sea posible determinar el lugar donde supuestamente se ha producido el hecho dañoso, debido a que la infracción al artículo 101 TFUE en la que se fundamenta la acción consiste en actuaciones caracterizadas por la multiplicidad de lugares donde se han celebrado o ejecutado, lo cual no permite identificar clara y útilmente cuál sería el órgano jurisdiccional que podría disponer de una conexión particularmente estrecha con el conjunto del litigio*”²⁴⁹.

²⁴⁷ STJUE 5 junio 2014, C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318, § 59.

²⁴⁸ C. FRATEA, “*Private antitrust enforcement and profili di diritto internazionale privato*”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 175.

²⁴⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. NILO JÄÄSKINEN presentadas el 11 diciembre 2014, C-352/13, *Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA contra Akzo Nobel NV y otros*, ECLI:EU:C:2014:2443, §§ 47 y 52. *Vid., ad ex.*, S. GARTAGANI/N. BOYLE/L. HANNAH, “*Jurisdiction in follow-on damages claims - AG Jaaskinen’s opinion in the Hydrogen Peroxide case*”, *G.C.L.R.*, 8, 3, 2015, pp. R53-R57.

Con todo, conviene no sobrevalorar la opinión del Sr. N. JÄÄSKINEN por dos motivos. En primer lugar, porque se apoya en un precedente jurisprudencial en materia contractual, no extracontractual, muy concreto: el de la obligación de abstenerse de actuar en todos los países del mundo. En efecto, la STJCE 19 febrero 2002, C-256/00, *Besix*, ECLI:EU:C:2002:99, § 49, sostuvo que: “*Por su propia naturaleza, una obligación de no hacer que, como la controvertida en el litigio principal, consiste en el compromiso de actuar exclusivamente con otra parte contratante y en la prohibición para ambas partes de vincularse con otras empresas a efectos de presentar una oferta común en relación con un contrato público, y que, según la voluntad de las partes, resulta aplicable sin ninguna limitación geográfica y debe, pues, cumplirse en todo el mundo -y, en particular, en cada uno de los Estados contratantes-, no puede localizarse en un lugar preciso ni tampoco vincularse a un órgano jurisdiccional que sea particularmente idóneo para conocer de las controversias relacionadas con la misma. En efecto, el compromiso de abstenerse de hacer algo en todo el mundo no puede, por definición, tener mayor conexión con un tribunal que con otro*”²⁵⁰. En segundo lugar, porque una lectura desapasionada del informe JÄÄSKINEN muestra que no excluye, en general, la aplicabilidad del *forum delicti commissi* a las acciones por daños derivadas de la infracción del art. 101 TFUE, sino que interpreta que no es un foro operativo, cuando se trata de infracciones del art. 101 TFUE de larga duración y estructura compleja por cárteles²⁵¹.

a’) Lugar del hecho dañoso imprevisible

127. El TJUE ha indicado que el art. 7.2 RB I-bis hace competente al tribunal del Estado miembro que corresponde al lugar donde se produce el daño pero siempre que dicho lugar sea “previsible” para las partes implicadas²⁵². Indica el TJUE que el objetivo del hoy Reglamento Bruselas I-bis consiste en “establecer atribuciones de competencia ciertas y previsibles”. Si concurren circunstancias azarosas que hacen imposible prever el lugar donde se produce el hecho dañoso, éste ya no puede cumplir con su misión de designar de manera clara, directa y previsible, el tribunal competente. En tal caso, el TJUE ha descartado el foro del lugar del daño cuando dicho foro no permite designar, de modo previsible, el tribunal competente. Por ello el TJUE indica que “[e]n efecto, la determinación del órgano jurisdiccional competente dependería entonces de circunstancias inciertas (...)”. Ello es así porque sólo en el caso de que el foro sea verdaderamente “previsible”, el art. 7.2 RB I-bis cumple su función de proporcionar un foro en el que litigar sea posible a un coste reducido para actor y demandado (P. HAY). En diversa jurisprudencia el TJUE ha descartado toda interpretación del art. 7.2 RB I-bis que conduzca a un tribunal imprevisible para las partes. Por tanto, si el lugar del daño es “imprevisible” para el demandado, el art. 7.2 RB I-bis debería someterse a una reducción teleológica y, en consecuencia, no debería aplicarse. Estas consideraciones son particularmente relevantes en los casos de comercialización de productos. Un sujeto que comercializa productos a escala local y que no exporta tales productos a ningún país, no debe poder ser demandado ante los tribunales de otro Estado miembro, aunque el producto provoque daños en dicho Estado. En tal caso, el fabricante no puede prever el tribunal ante el que es demandado en virtud del foro del lugar del daño. Por tanto, sólo los fabricantes que colocan sus productos en una corriente de comercio (= *Stream of Commerce*) que arranca de un país y que tiene como destino otro

²⁵⁰ Comentada, *ad ex.*, por A. BUHROW, “Noch einmal - keine autonome Bestimmung des Erfüllungsorts nach Art. 5 Nr. 1 EuGVÜ”, *European Law Reporter*, 2002, pp. 170-171; L. CARBALLO PIÑEIRO, “Obligación de no hacer y competencia judicial internacional (la STJCE de 19 febrero 2002, *Besix vs. Wabag Plafog* y sus consecuencias)”, *La Ley*, 2002, n° 5534, pp. 1890-1896; Id., *REDI*, 2002, pp. 856-860; M. DE CRISTOFARO, “Obbligazioni di non fare a proiezione geografica illimitata e forum destinatae solutionis”, *Il Corriere giuridico*, 2002, pp. 114-117; P. FRANZINA, “Obbligazioni di non fare e obblighi eseguibili in più luoghi nella Convenzione di Bruxelles del 1968 e nel regolamento (CE) n. 44/2001”, *RDIPP*, 2002, pp. 391-406; H. GAUDEMET-TALLON, *RCDIP*, 2002, pp. 588-594; W. HAU, *ZJP Int.*, vol. 7, 2002, pp. 214-220; U. HUBER-MUMELTER/K.H. MUMELTER, “Mehrere Erfüllungsorte beim forum solutionis: Plädoyer für eine subsidiäre Zuständigkeit am Sitz des vertragscharakteristisch Leistenden”, *JBl*, 2008, pp. 561-577; P. LOMBARDI, “Brevi note sulla più recente giurisprudenza comunitaria relativa alla Convenzione di Bruxelles del 1968: il caso *Besix*”, *Contratto e impresa/Europa*, 2002, pp. 640-653; C. REYDELLET, “Leçon 2: De la matière délictuelle et de sa qualification...”, *Revue Lamy droit des affaires*, 2016, n° 111, pp. 33-36; P. VOLKEN, *SZIER*, 2004, p. 390.

²⁵¹ C. FRATEA, “*Private antitrust enforcement* e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 178 (nota 31).

²⁵² STJCE 11 enero 1990, C-220/88, *Dumez France y otros/Hessische Landesbank y otros*, ECLI:EU:C:1990:8; STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Marinari/Lloyd’s Bank*, ECLI:EU:C:1995:289, § 19.

país pueden ser demandados en virtud del foro del art. 7.2 RB I-bis ante los tribunales de dicho país si el producto causa daños en dicho Estado. De este modo, cada fabricante diseña su estrategia comercial como desea y asume las consecuencias, positivas (= el exportador que fabrica sus productos en España y los exporta a Francia amplía su mercado y tendrá, previsiblemente, más ganancias) y negativas (= el exportador que fabrica sus productos en España y los exporta a Francia puede ser demandado en Francia si allí producen daños).

b') Lugar del daño futuro

128. El art. 7.2 RB I-bis, muy previsor, indica que, en materia delictual o cuasidelictual, la demanda puede presentarse ante el tribunal del lugar donde pudiere producirse el hecho dañoso. Es decir, se trata de daños que no se han producido todavía pero se ha creado un “peligro ilícito” de modo que el tribunal del lugar del “daño futurible” es competente para conocer de la demanda presentada por el futuro perjudicado en virtud del ejercicio de acciones legales preventivas. Pues bien, en estos casos surge la dificultad de precisar el “lugar del hecho dañoso”. La jurisprudencia francesa ha estimado que debe procederse a un “agrupamiento de contactos” a fin de descubrir el país con el que la situación presenta una vinculación más estrecha (*la siége du rapport de droit*), proceso en el que los hechos que, por azar ocurren en uno u otro país son irrelevantes para probar una proximidad del supuesto con los tribunales de un país concreto²⁵³. *Ejemplo:* se construyó un navío construido en Malasia, cuyo estado para navegar había sido calificado como “excelente” por una sociedad francesa de calificación de buques, mediante certificado expedido en Francia. El propietario del buque lo vende a una empresa con sede social en Qatar, y el buque se trasladó a los Emiratos Árabes para, tras ciertos trabajos de reconversión y adaptación, ser reconvertido en plataforma marina. En los Emiratos Árabes es donde se descubre que las soldaduras se encuentran en un estado deplorable. Pues bien, el lugar donde se descubren los desperfectos es fortuito, pero no así el lugar donde se hallaba el buque, cuando fue certificado como “excelente para la navegación”, que coincidía con el lugar donde se verifica el daño al buque y con el lugar donde se hallaba el buque cuando fue objeto de compraventa: Malasia (P. CARLIER)²⁵⁴. De ese modo, la competencia del tribunal al que conduce, en estos casos, el art. 7.2 RB I-bis puede ser fácilmente previsible por todos sujetos implicados en la situación.

c') Precisión del lugar del hecho dañoso y daños por omisión

129. En estos casos, debe considerarse que el lugar del hecho dañoso se localiza en el país en cuyo territorio el sujeto debía haber realizado un acto o conducta positiva con arreglo a la Ley y no lo hizo.

f) Ilícitos a distancia

130. El art. 7.2 RB I-bis suscita complicados problemas en su aplicación. Los más relevantes son los que siguen: a) Ilícitos a distancia; b) Daños plurilocalizados o daños producidos en múltiples países; c) Víctimas indirectas; d) Daños indirectos.

a') Concepto y sectores operativos

131. Conviene precisar con la mayor exactitud el concepto de “ilícito a distancia”. Los “ilícitos a distancia” (*Distanzdelikte*) son aquéllos que se componen de dos elementos que, además, se localizan en países diferentes. Elemento (a), el hecho generador, que se produce en un país. Elemento (b), el daño, que se verifica en otro país o países distintos

²⁵³ Sent CA Versailles 5 febrero 2010.

²⁵⁴ Sent CA Versailles 5 febrero 2010.

132. Los ejemplos que ofrece la realidad ayudan a comprender la entidad y la estructura de estos casos y, sobre todo, los sectores donde se verifican estos “ilícitos a distancia”

- 1º) *Daños por contaminación transfronteriza.* Los vertidos en ríos, mares y aire que se producen en un país y que llegan a otros países constituyen clásicos ejemplos de “ilícitos a distancia”. *Ejemplo 1:* una empresa establecida en Francia procedió a verter unos residuos salinos altamente contaminantes en las aguas del Rin y dichas aguas causaron un daño en determinadas zonas de cultivo situadas en los Países Bajos²⁵⁵. *Ejemplo 2:* un fallo en una central nuclear situada en Ucrania produce la emisión de una nube radioactiva que alcanza varios países y produce graves perjuicios a personas y bienes sitios en Rusia, Italia, Francia, Suiza, España y otros países. *Ejemplo 3:* ciertos terrenos agrícolas situados en Austria se vieron dañados por radiaciones ionizantes procedentes de una central nuclear sita en Temelin (República Checa)²⁵⁶. *Ejemplo 4:* en Uruguay se han construido dos fábricas papeleras que pertenecen a empresas finlandesas y españolas, que elaboran celulosa para la exportación y que, presumiblemente, realizarán vertidos contaminantes en el río Uruguay, vertidos que llegarán a la costa argentina²⁵⁷.
- 2º) *Daños a los derechos de la personalidad (derecho al honor, propia imagen, intimidad personal) producidos por prensa escrita y/o por Internet.* *Ejemplo 1:* un editor publica en París y en formato papel, un semanario que contiene informaciones difamatorias del honor de una mujer inglesa, y la publicación se difunde en Francia, Reino Unido, y otros países²⁵⁸. *Ejemplo 2:* una sociedad sueca publica en su website que la empresa estonia B comete delitos y fraude, de modo que esa información es visible en todo el mundo²⁵⁹.
- 3º) *Daños a los derechos de propiedad intelectual o industrial verificados en Internet o prensa escrita.* *Ejemplo:* una empresa alemana utiliza una marca registrada en Austria a favor de una empresa austríaca, como texto para un anuncio vertido en Internet e introducido en Alemania, pero escrito en idioma alemán y visible en todo el mundo²⁶⁰.
- 4º) *Daños causados por los productos defectuosos importados.* Cuando se reclama responsabilidad civil al fabricante de un producto elaborado en un país y que causa daños en otro país, el supuesto constituye un “ilícito a distancia”. *Ejemplo:* una empresa alemana fabrica bicicletas defectuosas y un particular austríaco adquirió una bicicleta en Austria. Un día, cuando estaba en Alemania de paseo con su bicicleta, ésta le causó daños, al parecer por un defecto de fabricación. Según el TJUE, el hecho causal se produce en Alemania, país donde tuvo lugar la fabricación defectuosa de la bicicleta y el daño se produce en el país donde el usuario sufre las lesiones²⁶¹.

133. Estos “ilícitos a distancia” plantean el problema de identificar cuál es el país que corresponde al “lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso”, que es la expresión empleada por el art. 7.2 RB I-bis como foro de competencia judicial internacional. En efecto, debe decirse si el lugar del “hecho dañoso” es aquél donde se produce el “hecho causal” o es el lugar donde se verifica el “daño” o “resultado lesivo”

134. Se han suscitado grandes controversias en torno a la aplicación analítica y dissociada del art. 7.2 RB I-bis en relación con ciertos hechos y actos. Son los que se conocen como los “falsos ilícitos a distancia” o ilícitos producidos íntegramente en un país pero que producen efectos en otros países:

²⁵⁵ STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d'Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166.

²⁵⁶ STJCE 18 mayo 2006, C-343/04, *Čez*, ECLI:EU:C:2006:330.

²⁵⁷ *Diario El País*, 14 julio 2006, p. 13.

²⁵⁸ STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61, comentada, *ad ex.*, por K. KREUZER/P. KLÖTGEN, “Die *Shevill*-Entscheidung des EuGH: Abschaffung des Deliktsortsgerichtsstands des Art. 5 Nr. 3 Eu-GVÜ für ehrverletzende Streudelikte”, *IPRax*, 1997, pp. 90-96.

²⁵⁹ STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen y Ilsja*, ECLI:EU:C:2017:766.

²⁶⁰ STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 18.

²⁶¹ STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7.

- 1º) *Introducción de mercancías falsificadas, procedentes de un Estado miembro, en otro Estado miembro.* La jurisprudencia francesa estima que no constituye un “ilícito a distancia” el que se produce por la expedición desde un país, con destino a otro país distinto, de productos falsificados. En este caso, existe sólo un ilícito simple (*délit simple*) que se verifica en el Estado miembro de destino de las mercancías²⁶². Si la exportación tiene como destino varios países, existirán tantos ilícitos como países de destino puedan identificarse, y los tribunales de cada uno de dichos Estados miembros serán competentes para juzgar los daños producidos en sus respectivos territorios.
- 2º) *Expedición de permisos y licencias.* La negativa a expedir una licencia administrativa o permiso para ejercitar una actividad se produce en el país donde radica la institución u organismo al que se ha solicitado tal permiso o autorización. Es obvio que esa denegación o negativo produce “efectos perjudiciales” en otros países. Sin embargo, el daño directo se ha verificado en el país donde se elabora y emite la negativa a conceder el permiso o autorización. En consecuencia, no se trata de un ilícito a distancia y no se puede presentar una demanda *ex art.* 7.2 RB I-bis en el Estado miembro en el que el sujeto alega no poder ejercer una actividad (= ejemplo: agente deportivo de jugadores de fútbol) como consecuencia de que un organismo sito en otro Estado ha denegado dicha licencia, título, permiso o autorización²⁶³.

135. La aplicación del art. 7.2 RB I-bis a los ilícitos a distancia puede concretarse en diversas reglas que han sido establecidas por el TJUE en copiosa jurisprudencia.

b’) Identificación doble del lugar del hecho. La tesis de la ubicuidad

13. Indica el TJCE que, en los casos de ilícitos a distancia, 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 “daño”. Ésta es la “tesis de la ubicuidad” (*teoría de la ubicuidad, teoria dell’ubiquità dell’illecito, principle of ubiquity*), que el TJUE acogió en la fundamental STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166. La tesis ha sido posteriormente corroborada por numerosa jurisprudencia.

13. El origen de la tesis de la ubicuidad como criterio hermenéutico de interpretación del hoy art. 7.2 RB I-bis se halla en la celeberrima y archifamosa STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166.

- 1º) *El caso Mines de Potasse d’Alsace.* El caso fue el siguiente. La empresa hortícola “*Société anonyme Handelskwekerij G.J. Bier BV*”, con domicilio social en Nieuwerkerk aan den IJssel (Países Bajos), así como la “*Fondation Reinwater*”, con sede social en Amsterdam, sociedad cuyo objeto social era promover la mejora de la calidad del agua en la cuenca del Rin, demandaron ante el *Gerechtshof* (Tribunal de apelación) de La Haya (Países Bajos), a la “*Société anonyme Mines de potasse d’Alsace SA*”, con domicilio social en Mulhouse (Francia). Se acusaba a la fundación “*Mines de potasse d’Alsace S.A.*” de haber contaminado las aguas del Rin mediante vertidos masivos, en dicho río, de residuos salinos procedentes de la explotación de las “*Mines de Potasse*”. Tales vertidos se realizaban en territorio francés. La empresa hortícola *Bier BV* utilizaba, para regar sus viveros, las aguas del Rin ya en los Países Bajos, y se lamentaba de que su elevado contenido en sal perjudicaba sus plantaciones y en particular las semillas empleadas en sus viveros. Ello le obligaba a adoptar muy costosas medidas para limitar los daños. En efecto, la empresa francesa vertía

²⁶² Sent. Cass. Francia 25 marzo 2009 (importación en Francia por el demandante, de productos parasitarios procedentes de Alemania) [*RCDIP*, 2009, nº 98, p. 580].

²⁶³ Sent. Cass. Francia 1 febrero 2012, *JDI*, 2012, p. 980, nota J. GUILLAUMÉ y *RCDIP*, 2013, pp. 465-471 y nota V. PIRONON.

diariamente unas 11.000 toneladas de cloruro en un canal que desembocaba en el Rin. Por otro lado, la fundación *Reinwater* promovía todo tipo de acciones, incluidas las demandas judiciales, para proteger y mejorar la calidad del agua del río Rin. En suma, los demandantes, ambas empresas holandesas con sede en Holanda, sostenían que los vertidos de cloruro realizados en Francia por la empresa francesa *Mines de Potasse d'Alsace* eran ilegales y que tal empresa debía indemnizar el daño causado. Mientras que los demandantes holandeses afirmaban que el lugar del evento dañoso era Holanda (= lugar del daño, país donde resultaron dañados los cultivos), la demandada francesa sostenía que dicho lugar se concretaba en Francia (= lugar del acto causante del daño, país donde se realizaron los vertidos salinos).

- 2º) *La situación en los Estados miembros.* El informe *Jenard* anejo al Convenio de Bruselas precisa que los Estados partes en el entonces Convenio de Bruselas de 17 septiembre 1968 no quisieron optar en el art. 5.3 del Convenio (hoy art. 7.2 RB I-bis) ni por el lugar donde se ha cometido el hecho que ha provocado el daño ni por el lugar en el que se ha verificado el daño. De modo consciente, los redactores del precepto dejaron la cuestión a la jurisprudencia del hoy TJUE. En 1968, la doctrina y la legislación de los Estados partes en el Convenio de Bruselas estaba muy dividida. En Francia se consideraba que el evento dañoso se debía entender producido tanto el lugar del hecho causal como en el lugar del daño, de modo que demandante podía optar por uno o por otro foro. Criterio similar se mantenía en Dinamarca. En Alemania, varias sentencias habían seguido ese camino, esto es la *optio fori* entre el lugar del acto causal y el lugar del daño, pero el art. 32 de la Ley de Enjuiciamiento civil alemana optaba claramente por el lugar del acto causal (*die unerlaubte Handlung*). En Italia y en Bélgica prevalecía el lugar del daño. En el Reino Unido se daba prioridad a veces al lugar del acto causal y a veces al lugar del daño. El Abogado General, F. CAPOTORTI, en sus magníficas conclusiones, había apostado, con argumentos muy solventes, en favor del “lugar del daño” como único foro previsto en el hoy art. 7.2 RB I-bis.
- 3º) *Posibles interpretaciones.* Las posibilidades de interpretación del hoy art. 7.2 RB I-bis en relación con el lugar del hecho dañoso en los ilícitos a distancia son, pues, cuatro. En efecto, el lugar del evento dañoso puede ser: (a) El lugar del acto causal; (b) El lugar del daño; (c) Ambos lugares, de modo que sea el demandante el que active uno u otro foro; (d) El lugar que presente una vinculación más estrecha con el ilícito, esto es, “*the proper place of the tort*”. En este último caso, el tribunal ante el que se presenta la demanda debería evaluar los contactos del caso con los distintos países, de modo que sería competentes los tribunales del Estado con el que el litigio presenta la conexión más estrecha. Estos tribunales podrían ser los tribunales de un Estado miembro que no fuera el Estado donde se ha producido el acto causal ni tampoco el Estado donde se ha verificado el daño. Esta cuarta posibilidad debe descartarse por dos motivos. Primero: debido a su excesiva flexibilidad, esta tesis no permite precisar con objetividad y seguridad cuál es el tribunal competente en materia de daños. Ello no es compatible con el objetivo del hoy Reglamento Bruselas I bis de proporcionar un sistema previsible de foros de competencia internacional. Segundo: visto que puede conducir a hacer competentes tribunales que no son ni los del lugar del acto causal ni los del lugar del daño, esta posibilidad es incompatible con la letra y el espíritu del art. 7.2 RB I-bis. Quedan, pues, tres opciones de interpretación del art. 7.2 RB I-bis.
- 4º) *La solución del TJUE: “double down”.* El TJUE no dio la razón ni a una parte ni a la otra ni tampoco al Abogado General. Sostuvo el TJUE que se trataba de un “ilícito a distancia”, y que en estos casos, el “lugar del hecho dañoso” es tanto el lugar del Estado miembro donde ha ocurrido el “hecho causal” (= Francia, lugar del vertido), como el lugar del Estado miembro en cuyo territorio se verifica el “daño” (= Holanda, lugar donde resultaron dañados los viveros).

138. La tesis de la ubicuidad (= tesis *Mines de Potasse*) es un elemento emblemático característico de la jurisprudencia del TJUE que tuvo su origen en la citada y famosísima STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d'Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166. El TJUE

mantiene esta tesis desde ya más de cuarenta años y en relación con muchos tipos distintos de responsabilidad extracontractual: daños físicos, daños a la propiedad intelectual e industrial, daños al honor, daños financieros, etc. No hay quien pueda con ella. La fidelidad casi romántica del TJUE a esta tesis es perceptible en numerosos pronunciamientos²⁶⁴.

139. Esta tesis de la ubicuidad se justifica en los siguientes argumentos

- 1º) *La identidad de proximidad entre ambos lugares.* El fundamento de esta tesis radica en la idea de que no puede afirmarse que el ilícito se haya verificado mayor o fundamentalmente en uno u otro Estado miembro. Ambos Estados, el Estado del hecho causal y el Estado del resultado lesivo, presentan la misma “proximidad” con el litigio. Ambos lugares pueden reflejar una conexión relevante del supuesto con un Estado miembro²⁶⁵. Dicha conexión de proximidad fac lita: (a) La práctica y recogida de la prueba²⁶⁶; (b) La adecuada sustanciación del proceso²⁶⁷, esto es la “buena administración de la justicia”²⁶⁸; (c) La previsibilidad del tribunal competente, pues tanto demandante como demandado pueden razonablemente prever que el tribunal del lugar del hecho causal y el tribunal del lugar del daño se encuentran en las mejores condiciones posibles para pronunciarse sobre un litigio consecuencia de un ilícito a distancia. El foro dual es previsible para las partes²⁶⁹.
- 2º) *No al ‘favor laesi’.* Esta disociación de lugares en el art. 7.2 RB I-bis en el caso de ilícitos a distancia practicada por el TJUE, no persigue, en ningún momento, favorecer a la presunta víctima del perjuicio y permitirle así litigar en varios Estados (*favor laesi*), como ha enfatizado el mismo TJUE²⁷⁰. De hecho, esta “disociación de lugares” opera también cuando el demandante es el presunto responsable causante del presunto daño. La disociación de lugares obedece al principio de proximidad y no al deseo de favorecer a la presunta víctima del ilícito.
- 3º) *La jurisprudencia toma el poder.* El texto legal del art. 7.2 RB I-bis actualmente vigente se refiere al “tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso” y no hace referencia a los casos de ilícitos a distancia. Este dato resulta curioso,

²⁶⁴ STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen y Ilsja*, ECLI:EU:C:2017:766, §§ 31-33; STJUE 21 diciembre 2016, C-618/15, *Concurrence*, § 25; STJUE 10 septiembre 2015, C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, ECLI:EU:C:2015:574, § 72; STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, §§ 36-39; STJUE 28 enero 2015, C-375/13, *Kolassa*, ECLI:EU:C:2015:37, § 45; STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28, § 18; STJUE 5 junio 2014, C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318, § 46; STJUE 3 abril 2014, C-387/12, *Hi Hotel*, § 27; STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7, § 23; STJUE 16 mayo 2013, C-228/11, *Melzer*, ECLI:EU:C:2013:305, § 25; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635, § 26; STJUE 25 octubre 2012, C133/11, *Folien Fischer y Fofitec*, ECLI:EU:C:2012:664, § 39; STJUE 25 octubre 2011, *eDate*, C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, § 52; STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 19; STJCE 10 junio 2004, C-168/02, *Kronhofer*, ECLI:EU:C:2004:364; STJCE 16 julio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie*, ECLI:EU:C:2009:475; STJCE 5 febrero 2004, C-18/02, *DFDS Torline*, ECLI:EU:C:2004:74.

²⁶⁵ STJUE 16 junio 2016, C-12/15, *Universal Music International Holding*, ECLI:EU:C:2016:449, § 28; STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, §§ 39-41.

²⁶⁶ STJUE 10 septiembre 2015, C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, ECLI:EU:C:2015:574, § 74.

²⁶⁷ STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28, § 19.

²⁶⁸ STJUE 10 septiembre 2015, C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, ECLI:EU:C:2015:574, § 73.

²⁶⁹ STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7, §§ 24-28: “la atribución de competencia al tribunal del lugar de fabricación del producto de que se trate responde, por lo demás, a la exigencia de previsibilidad de las normas de competencia, en la medida en que tanto el fabricante demandado como la víctima demandada pueden razonablemente prever que ese tribunal estará en las mejores condiciones posibles para pronunciarse sobre un litigio que implique, en particular, la comprobación de un defecto de tal producto”; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635, § 27: “existencia de una conexión particularmente estrecha entre la controversia y el órgano jurisdiccional del lugar en que se ha producido o puede producirse el hecho dañoso, que justifica una atribución de competencia a dicho órgano jurisdiccional por razones de buena administración de la justicia y de una sustanciación adecuada del proceso”; STJUE 21 diciembre 2016, C-618/15, *Amazon*, § 26; STJUE 18 julio 2013, C-147/12, *ÖFAB*, §§ 49-51; STJUE 16 mayo 2013, C-228/11, *Melzer*, ECLI:EU:C:2013:305, § 27; STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 32; STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61, §§ 20-21; STJUE 25 octubre 2011, *eDate*, C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, § 41.

²⁷⁰ STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7, §§ 30-31; STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Marinari/Lloyd's Bank*, ECLI:EU:C:1995:289; STJCE 10 junio 2004, C-168/02, *Kronhofer*, ECLI:EU:C:2004:364.

porque el legislador europeo de 2000, responsable del Reglamento Bruselas I (2000) y el legislador de 2012, responsable del Reglamento Bruselas I-bis (2012), conocía perfectamente la jurisprudencia del TJUE relativa a estos supuestos²⁷¹. Sin embargo, y a diferencia de otros casos, el legislador europeo optó por no alterar el texto original procedente del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 y no hizo referencia alguna a esta jurisprudencia (T. BALLARINO). La explicación puede hallarse en el hecho de no querer “fossilizar” la aplicación práctica del art. 7.2 RB I-bis en el caso de ilícitos a distancia. En efecto, con la redacción actual del precepto, la jurisprudencia dispone de una libertad muy extensa para forjar reglas específicas en relación con los ilícitos a distancia que pueden presentarse en el futuro, que, sin duda, serán más complejos que los que hasta ahora han surgido.

140. Conviene tener claro que, si hubiera que optar por elegir, con carácter excluyente, sólo una de las dos interpretaciones posibles del “lugar del hecho dañoso”; es decir, como lugar donde se ha producido el hecho desencadenante del daño (*causa*) o como lugar donde se han dejado surtir sus secuelas (*efecto*), el Derecho antitrust se inclinaría, sin lugar a dudas, por la segunda. En favor de esta interpretación existe una buena razón: Es la mejor interpretación posible para salvaguardar la *imperatividad del Derecho antitrust* de la UE. Lo destacó con claridad la STJCE 27 septiembre 1988, C-89/85, *A. Ahlström Osakeyhtiö y otros contra Comisión de las Comunidades Europeas*, ECLI:EU:C:1988:447, § 16: “[...] una infracción del artículo 85 [actual art. 101 TFUE], como es la conclusión de un acuerdo que ha tenido por efecto restringir la competencia dentro del mercado común, implica dos elementos de comportamiento, en concreto, la adopción del acuerdo colusorio y su ejecución. Si se hiciera depender la aplicabilidad de las prohibiciones impuestas por el Derecho de la competencia del lugar de adopción del acuerdo colusorio, ello nos conduciría claramente a facilitar a las empresas un medio fácil para sustraerse a dichas prohibiciones. Lo que es determinante, por tanto, es el lugar en el que el acuerdo colusorio se ejecuta”. Es cierto que el Tribunal de Justicia no sostiene esta interpretación en favor de la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales de los Estados miembros de la UE, sino que la mantiene en favor del denominado *principio de extraterritorialidad del Derecho europeo de la competencia*. Pero, si se cree en la unidad del sistema jurídico, como criterio hermenéutico de las normas, esta última objeción no resta un ápice de su valor a dicho principio, aplicado por analogía en materia de conflictos de jurisdicciones sobre ilícitos anticompetitivos. En el fondo, subyace una idea tan sencilla como importante: subordinar la competencia de la UE para sancionar conductas anticompetitivas a que las empresas no hayan concluido el acuerdo colusorio o tengan su sede fuera del espacio europeo es un peligro de proporciones ciclópeas. Dicho con otros términos, es un peligro; puesto que suministraría a las empresas “un fácil medio para sustraerse a las prohibiciones impuestas por los Tratados”²⁷².

141. Veamos algunos *datos comunes a todo tipo de litigio en relación con la precisión del lugar del resultado dañoso*. En efecto, varias precisiones adicionales son necesarias: 1º) En los casos de ilícitos a distancia y también plurilocalizados, la “opción de tribunal” sólo es factible en relación con los “daños directos” padecidos en diferentes Estados y no en relación con los “daños indirectos” que haya podido sufrir la presunta víctima en cualquier otro Estado; 2º) Además, esta “opción de tribunal” sólo es operativa en el caso de daños padecidos por “víctimas directas” y no en relación con los daños sufridos por “víctimas indirectas”.

c’) Alcance asimétrico de la tesis de la ubicuidad

142. La disociación del foro de competencia judicial internacional recogido en el art. 7.2 RB I-bis presenta un *alcance objetivo asimétrico*: 1º) Cuando se demanda ante el tribunal del Estado miembro que corresponde al *lugar del hecho causal* de un ilícito a distancia (art. 7.2 RB I-bis), dicho tribunal es

²⁷¹ STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166.

²⁷² *Vid., ad ex.*, C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 176.

competente para conocer de la responsabilidad por los daños producidos, en su caso, *en todo el mundo*²⁷³. La explicación radica en que el hecho causal da origen a todos los daños que se verifican posteriormente en otros países; 2º) Por el contrario, cuando, en el caso de un ilícito a distancia, se demanda ante el tribunal del Estado miembro que corresponde al *lugar del daño*, dicho tribunal es competente para conocer de la controversia relativa a los daños producidos, exclusivamente, *en dicho país*, en el país del daño²⁷⁴. La explicación yace ahora en el hecho de que un tribunal está sólo correctamente situado para conocer de los daños ocurridos en el territorio del Estado al que pertenece.

d') Elección de tribunal por el demandante

143. En consecuencia, el demandante dispone de una opción (*optio fori*), pues puede decidir a qué tribunales estatales desea acudir. En efecto, el actor puede presentar su demanda ante los tribunales del Estado miembro donde se produjo el “hecho generador del daño” o ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se verificó el “daño” o lesión. El demandante es completamente libre de accionar en un Estado miembro o en otro. En ningún caso se puede acusar al demandante de “fraude procesal” por presentar su demanda en el Estado miembro donde tiene su domicilio si el lugar del hecho causal o del resultado lesivo se localizan en dicho Estado (D. BUREAU/H. MUIR WATT). Ambos lugares manifiestan una igual “dosis de proximidad” con el ilícito

144. ➤ *Caso . Daño a distancia por ingerencia de la sociedad madre en la gestión de la sociedad filial (2011)*. Un ejemplo de daño a distancia puede observarse en la Sent. Cass Francia 28 octubre 2011 (daño extracontractual por intromisión de sociedad madre italiana en la gestión de su filial francesa)²⁷⁵. En este supuesto, una sociedad madre con sede en Italia impidió que su filial francesa cumpliera con una serie de garantías. Ello ocasionó daños a terceros. La *Cour* estimó que se trataba de un “ilícito a distancia”. El hecho generador se había producido en Italia (= país de la sede social de la sociedad madre y lugar donde se toma la decisión de intromisión por parte de dicha sociedad madre italiana), mientras que el daño se había verificado en Francia (= lugar donde los terceros experimentaron pérdidas patrimoniales daño). El art. 7.2 RB I-bis es aplicable y puede demandarse en Francia, que es el “lugar del daño” [= *locus damni*: Francia es el “lugar del resultado dañoso”]).

e') Verificación del nexo de causalidad

145. Para poder demandar en el lugar donde se ha verificado el “hecho causal” (*Handlungsort*), es preciso que tal hecho causal sea, realmente, el hecho que causa directamente el perjuicio²⁷⁶.

146. El TJUE ha indicado que el sistema de la *optio fori* que se deriva del art. 7.2 RB I-bis en los casos de ilícitos a distancia exige comprobar que el “daño” se ha producido “*por efecto directo del agente causal*”²⁷⁷. Es decir, que “*la responsabilidad delictual o cuasidelictual sólo surge cuando pueda establecerse un nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina*”²⁷⁸. En consecuencia, es preciso concretar que el “agente causal” o “hecho generador” ha producido, de manera directa, un daño. El precepto requiere, pues, una “causalidad directa”. Varias precisiones resultan oportunas sobre esta cuestión:

- 1º) *Causa única del daño*. Esta exigencia sólo funciona correctamente si existe una sola causa del daño, como es un vertido contaminante de residuos salinos realizado en el río Rhin en su paso por Francia que, transportado por la corriente fluvial, daña posteriormente unos cultivos

²⁷³ STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61, § 33.

²⁷⁴ STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28, §§ 36-37.

²⁷⁵ *JDI*, 2012, p. 684, nota S. CLAVEL; *RCDIP*, 2012, pp. 640-648 y nota de L. USUNIER.

²⁷⁶ STJCE 16 julio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie*, ECLI:EU:C:2009:475, § 13; STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7, § 26.

²⁷⁷ STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Marinari/Lloyd's Bank*, ECLI:EU:C:1995:289, § 19.

²⁷⁸ STJUE 18 julio 2013, C-147/12, *ÖFAB*, § 33; STJCE 16 julio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie*, ECLI:EU:C:2009:475, §§ 13 y 28; STJUE 21 abril 2016, C-572/14, *Austro-Mechana*, ECLI:EU:C:2016:286, § 41.

en los Países Bajos. También en los casos de productos defectuosos: el daño es consecuencia de la fabricación deficiente del producto, sea cual sea el país donde se verifica el daño

- 2º) *Causas múltiples del daño*. En relación con los casos en los que el daño se produce por la combinación de dos causas distintas, la exigencia de una “causalidad directa” debe modularse. Puede afirmarse que, en estos “casos difíciles” resulta conveniente seguir la tesis de la “causalidad adecuada”. En efecto, esta tesis se acomoda correctamente a la función del art. 7.2 RB I-bis, que radica en determinar con precisión y previsibilidad, para las partes, el tribunal internacionalmente competente. Según esta propuesta, en casos de daños debidos a varias causas concomitantes, deben eliminarse del análisis aquellas causas o eventos que de manera muy improbable hubieran causado el daño. Sólo es relevante, como “hecho generador” de un daño extracontractual, aquél hecho del que resulta probable esperar un daño.
- 3º) *Actos meramente preparatorios*. Los “actos meramente preparatorios” pero que, en sí mismos, no producen causalmente y de forma directa un daño material, no son relevantes para el art. 7.2 RB I-bis y no son operativos para concretar el lugar del “hecho causal”. Por ejemplo, la decisión de fabricar un producto nocivo para la salud, la compra de sustancias químicas venenosas y el alquiler de una nave industrial para fabricar en la misma productos dañinos para la salud humana constituyen, todos ellos, actos meramente preparatorios. Por tanto, no son relevantes para identificar el “lugar del hecho causal”. En efecto, el lugar donde se verifican tales actos preparatorios no conduce a un foro previsible para las partes implicadas (M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ).

f) Distintos tipos de ilícitos a distancia

i) Daños patrimoniales directos

147. En los litigios relativos a reclamaciones derivadas de daños patrimoniales directos, como los que suscitan supuestos de daños a cultivos derivados de la contaminación transfronteriza, la precisión del lugar del acto causal no suele comportar problemas, pues se concreta en el lugar donde se vierten los productos o donde una persona realiza un acto²⁷⁹.

En estos casos, el lugar del resultado dañoso es aquél en el que se produce el “perjuicio material directo” para la “víctima directa”. Se trata de lugar en el que el acto generador despliega sus “efectos perjudiciales”, es decir, el lugar donde el perjuicio ocasionado se ha producido de forma concreta²⁸⁰. En definitiva, el lugar donde se ha producido el daño es aquél “donde el hecho del que puede derivarse una responsabilidad delictual o cuasidelictual haya ocasionado un daño”²⁸¹. Ejemplo: si una empresa fabrica en Bélgica un material contaminado que después es exportado a Holanda y allí es utilizado para la fabricación de un fertilizante, es en Holanda donde se verifica el perjuicio material que sufre la empresa importadora, aunque el material contaminado se haya fabricado en Bélgica, ya que en Bélgica no se ha producido de manera concreta el perjuicio²⁸². En consecuencia, el art. 7.2 RB I-bis permite al perjudicado accionar ante los tribunales holandeses, que son los tribunales del “lugar del daño”.

ii) Daños derivados de los productos importados y responsabilidad del fabricante

148. En cuanto al acto causal, la fabricación de un producto dañoso, nocivo para las personas o para los bienes, constituye el hecho causal del daño que se verifica posteriormente. Dicho acto, la fabricación de un producto nocivo, es la “causa del daño”. Es decir, la conducta supuestamente culpable del fa-

²⁷⁹ STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d'Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166, §§ 24-25; STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61, §§ 21-23.

²⁸⁰ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 52; STJCE 16 julio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie*, ECLI:EU:C:2009:475, §§ 26-28.

²⁸¹ STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 21; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635, § 33.

²⁸² STJCE 16 julio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie*, ECLI:EU:C:2009:475, § 29.

bricante y que se trata de imputar al mismo se verifica al fabricar un producto pernicioso y dicha conducta acaece en el país de fabricación del producto²⁸³. Con palabras más precisas, indica el TJUE que el lugar del hecho causal en los supuestos de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, se sitúa “*allá donde se hubiera producido el hecho que haya dañado el propio producto*” y dicho lugar “*se da en el lugar donde se ha fabricado el producto de que se trate*”²⁸⁴. El lugar del hecho causal es el lugar de fabricación del producto dañoso y no el lugar donde se comercializa dicho producto. En efecto, la causa del daño tuvo lugar en el país de la fabricación del producto y por el hecho de su incorrecta fabricación. La causa del daño derivado del producto y cuya responsabilidad se imputa al fabricante no es la comercialización del producto, por lo que es irrelevante, a estos efectos, el país donde el producto se comercializa. Por otra parte, el lugar donde se adquiere el producto puede ser un país distinto de aquél donde el perjudicado tiene su domicilio²⁸⁵. El lugar del daño es aquél en el que el bien o la persona resulta dañado de modo directo como consecuencia del acto causal.

iii) Daños no contractuales causados por un administrador a la sociedad

149. El TJUE ha estimado que el lugar del hecho causal es el lugar donde el administrador de la sociedad desarrollaba sus tareas como tal. El lugar del daño es aquél en el que se produce dicho daño a la sociedad de forma concreta²⁸⁶.

iv) Difamación por prensa escrita

150. El TJUE ha considerado que, en los casos de difamación por prensa escrita, el lugar del acto causal es aquél donde radica el “establecimiento del editor”, pues es el lugar donde se introduce la información²⁸⁷.

El lugar del daño es el lugar en el que concurren, cumulativamente, dos circunstancias: (a) Debe tratarse de un lugar en el que la publicación ha sido difundida físicamente; (b) Y además, debe tratarse de un lugar en el que la víctima es conocida²⁸⁸. En estos casos, es sencillo detectar el país o países en los que se ha difundido la publicación física, y además, es también sencillo cuantificar el número de ejemplares distribuidos y vendidos en cada país²⁸⁹.

v) Daños a los derechos de la personalidad en Internet

151. Complejos son estos casos porque complejo es el mundo del siglo XXI en el que la verdad es opacada por una realidad que no existe pero en la que voluntariamente viven millones de

²⁸³ STJCE 16 julio 2009, C-189/08, *Zuid-Chemie*, ECLI:EU:C:2009:475, § 13.

²⁸⁴ STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7, §§ 27-28.

²⁸⁵ STJUE 16 enero 2014, C-45/13, *Kainz*, ECLI:EU:C:2014:7, § 31.

²⁸⁶ STJUE 10 septiembre 2015, C-47/14, *Holterman Ferho Exploitatie y otros*, ECLI:EU:C:2015:574, § 76. Sobre la responsabilidad extracontractual de los administradores, *vid., ad ex.*, H. ALTMIPPEN, *Die Haftung des Managers im Konzern*, 2ª ed., München, C.H. Beck, 2018; M. DREHER, “Die persönliche Außenhaftung von Geschäftsleitern auf Schadenersatz bei Kartellrechtsverstößen”, *WuW*, 59, 2, 2009, pp. 132-143; E. EDEN, *Persönliche Schadensersatzhaftung von Managern gegenüber Kartellgeschädigten*, Baden-Baden, Nomos, 2013; ID., “Haften Geschäftsführer persönlich gegenüber Kartellgeschädigten auf Schadensersatz?”, *WuW*, 2014, 9, pp. 792-802; A. FRANZ/D.A. JÜNTGEN, “Die Pflicht von Managern zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen aus Kartellverstößen”, *BB*, 62, 32, 2007, pp. 1681-1687; U. RUST, “Innenregress und Haftung der Unternehmensleitung bei Kartellverstößen: zugleich Besprechung LAG Düsseldorf v. 20.1.2015, 16 Sa 459/14”, *ZWeR*, 13, 3, 2015, pp. 299-317; M.K. THELEN, “Geschäftsleiterhaftung für Kartellrechtsverstöße – Umweg über Erfurt – Besprechung von BAG, Urteil vom 29.06.2017 – 8 AZR 189/15 –”, *WuW*, 1, 2018, pp. 17-19; M. TWELE, *Die Haftung des Vorstands für Kartellrechtsverstöße*, Baden-Baden, Nomos, 2013.

²⁸⁷ STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61, § 24: ese lugar es el lugar “a partir del cual la difamación se ha manifestado y difundido”; STJUE 25 octubre 2011, *eDate*, C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, § 52: “lugar de establecimiento del emisor de esos contenidos”.

²⁸⁸ STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61, § 29.

²⁸⁹ V. FRICKE, *Der Unterlassungsanspruch gegen Presseunternehmen zum Schutze des Persönlichkeitsrechts im internationalen Privatrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003.

personas. Los derechos al honor, a la propia imagen y a la intimidad se vulneran constantemente en Internet²⁹⁰.

El lugar del acto causal es el lugar donde se han introducido los contenidos lesivos de estos derechos, que debe ser identificado con el lugar donde el responsable toma y ejecuta la decisión de difundir ciertos contenidos en un determinado sitio de Internet.

La precisión del “lugar del daño” en estos casos de daños a derechos de la personalidad verificados en Internet exige una solución particular y especial que, según el TJUE, es la siguiente. En estos litigios, el “lugar del daño” se concreta en dos lugares al mismo tiempo: (a) Es lugar del daño el Estado en el que la víctima tiene su “centro de intereses”, que es, normalmente, el Estado donde dispone de su “residencia habitual”, aunque dicho “centro de intereses” también podría radicar en otro país, como es el país donde la presunta víctima desarrolla su actividad profesional. El presunto perjudicado puede accionar ante el tribunal del Estado miembro donde se sitúa su “centro de intereses” y reclamar todos los daños que haya experimentado en todo el mundo. Ese lugar, el lugar donde la víctima dispone de su “centro de intereses” es el lugar en el que, en principio, el daño causado por un contenido en línea se produce, en el sentido del art. 7.2 RB I-bis, de manera más significativa: “*the bulk of the damage*”²⁹¹; (b) Además, el presunto perjudicado también puede accionar ante el tribunal del lugar del Estado miembro en cuyo territorio un contenido publicado en Internet sea, o haya sido, accesible. Dichos tribunales son competentes para conocer, únicamente, del daño causado en el territorio de ese Estado miembro²⁹².

²⁹⁰ Vid., ad ex., I. BACH, “Fake News und Cyber Mobbing: zur internationalen Zuständigkeit bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen”, *EuZW*, 29, 2, 2018, pp. 68-73; J.A. BONN, *Die Europäisierung des Persönlichkeitsrechts: Harmonisierungswirkungen des “Caroline”-Urteils des EGMR in Deutschland und England unter Berücksichtigung prozessualer und kollisionsrechtlicher Aspekte*, Frankfurt am Main, PL Acad. Research, 2013; P.-A. BRAND, “Persönlichkeitsverletzungen im Internet, E-Commerce und ‘Fliegender Gerichtsstand’”, *NJW*, 2012, pp. 127-130; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Internet - privacy and rights relating to personality”, *RCADI*, 2016, pp. 261-486; D. COESTER-WALTJEN, “Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeitsverletzungen”, en R. GEIMER (HRSG.), *Wege zur Globalisierung des Rechts: Festschrift für Rolf A. Schütze zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 1999, pp. 175-195; E. DIAS OLIVEIRA, “Algumas considerações sobre a responsabilidade civil extracontratual por violação de direitos de personalidade em Direito Internacional Privado”, *CDT*, 2013, pp. 139-162; C.L. CORDERO ÁLVAREZ, *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2015; O. FERACI, “Diffamazione internazionale a mezzo di Internet: quale foro competente? Alcune considerazioni sulla sentenza ‘eDate’”, *RDI*, 2012, pp. 461-469; S.L. GOESSL, “From question of fact to question of law to question of private international law: the question whether a person is male, female, or...?”, *Journal of Private International Law*, vol. 12, 2016, pp. 261-280; C. HEINZE, “Surf global, sue local! Der europäische Klägergerichtsstand bei Persönlichkeitsverletzungen im Internet”, *EuZW*, 2011, pp. 947-950; B. HESS/C.M. MARIOTTINI (EDS.), *Protecting privacy in private international and procedural law and by data protection: European and American developments*, Baden-Baden, Nomos, Farnham, Ashgate, 2015; A. KERNEN, *Persönlichkeitsverletzungen im Internet: Zuständigkeit schweizerischer Gerichte im internationalen Verhältnis*, Zürich, St. Gallen, Dike, 2014; M. KONTOGEOURGOU, “Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen von juristischen Personen im Internet: Anmerkung zu EuGH 17.10.2017, C-194/16 (Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan vs. Svensk Handel AB)”, *GPR*, 15, 1, 2018, pp. 23-28; S. KUBIS, “Zum Tatortgerichtsstand bei grenzüberschreitenden Äußerungsdelikten zu Lasten von Unternehmen: EuGH konkretisiert Rechtsprechung zu Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet”, *WRP*, 64, 2, 2018, pp. 139-145; M. LAAZOUZI, “L’extension du for européen aux personnes morales victimes d’atteintes aux droits de la personnalité sur Internet: CJUE, gr. ch., 17 oct. 2017, aff. C-194/16, Bolagsupplysningen OÜ Ingrid Ilsjan c/ Svensk Handel AB”, *La semaine juridique. Édition générale*, n° 49, 2017, pp. 2222-2227; I. LORENTE MARTÍNEZ, “Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet”, *CDT*, 2012, 2, pp. 277-301; S. MARINO, “Nuovi sviluppi in materia di illecito extracontrattuale on line”, *RDIPP*, 2012, pp. 879-896; F.M. MEIER, “Unification of choice-of-law rules for defamation claims”, *Journal of Private International Law*, 12, 3, 2016, pp. 492-520; J.B. VOGEL, *Das Medienpersönlichkeitsrecht im internationalen Privatrecht: eine Untersuchung zur Harmonisierung der Kollisionsnormen in Europa*, Baden-Baden, Nomos, 2014; A. STADLER, “EuGH, 17.10.2017, C-194/16 Bolagsupplysningen OÜ, Ingrid Ilsjan vs. Svensk Handel AB: Persönlichkeitsverletzungen im Internet und europäisches Zuständigkeitsrecht: mit Anmerkung”, *JZ*, 73, 2, 2018, pp. 94-98; G. ZARRA, “Conflitti di giurisdizione e bilanciamento dei diritti nei casi di diffamazione internazionale a mezzo internet”, *RDI*, 2015, pp. 1234-1262.

²⁹¹ STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen y Ilsja*, ECLI:EU:C:2017:766, § 33.

²⁹² STJUE 17 octubre 2017, C-194/16, *Bolagsupplysningen y Ilsja*, ECLI:EU:C:2017:766, §§ 31-33; STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Martinez*, C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, §§ 48 y 51; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635, § 36; SAP Madrid 24 octubre 2011 (difamación contra víctima española residente en España realizada por Internet en lengua francesa y contenida en periódico digital marroquí) [ECLI:ES:APM:2011:13719].

vi) Infracción de los derechos de propiedad intelectual e industrial en Internet

152. Por lo que se refiere al lugar del “acto causal”, en estos casos verificados en Internet y casos de infracción de derechos de propiedad intelectual e industrial, el hecho causal no es “*la exhibición de la publicidad en sí misma*”, sino “*el desencadenamiento, por el anunciante, del proceso técnico de exhibición, con arreglo a parámetros predeterminados, del anuncio que éste creó para su propia comunicación comercial*”²⁹³. El hecho causal es “*el desencadenamiento del proceso técnico consistente en exhibir las fotografías en el citado sitio de Internet [...] el hecho que genera una eventual vulneración de los derechos de autor reside en la conducta del propietario de dicho sitio*”²⁹⁴. El lugar del hecho causal es, pues, el lugar en el que se “*tomó y ejecutó la decisión de poner en línea las fotografías en un determinado sitio de Internet*”. Es irrelevante el lugar donde se almacena la publicidad o lugar donde se encuentra el servidor de Internet, pues “*dada su incierta ubicación, no podría considerarse el lugar del hecho causal a efectos de la aplicación del art. 5.3 R. 44/2001*”²⁹⁵. En consecuencia, el lugar del hecho causal, en estos supuestos, es “*el lugar donde se decide el desencadenamiento del proceso de exhibición del anuncio*”, que se concreta en el Estado miembro donde radica el “*establecimiento del anunciante*”. Se trata del lugar donde el presunto responsable “*ha concebido el hecho causal*” que originó el daño²⁹⁶. Este foro opera también cuando el demandante es el presunto responsable de una falsificación, copia ilegal o cualquier otro acto ilícito. Es decir, el foro puede ser empleado por el presunto responsable de un acto ilícito para obtener una declaración de su no responsabilidad al respecto (= “*acción declarativa negativa*”/“*ascertamiento negativo*”)²⁹⁷. Ello significa que el “*lugar de publicación*” y el “*lugar de difusión*” de los contenidos no pueden constituir lugar del “*hecho causal*” en este tipo de ilícitos.

En cuanto al “*lugar del daño*”, debe subrayarse que la jurisprudencia *eDate/Olivier Martinez* no opera en relación con los daños verificados en Internet a otros bienes que no son “*derechos de la personalidad*”. En estos casos de daños a propiedades especiales (= propiedad intelectual e industrial), no puede presentarse la demanda, por los daños verificados en todo el mundo, ante en el tribunal de lugar donde el presunto perjudicado tiene su “*centro de intereses*” (art. 7.2 RB I-bis) como “*lugar del daño*”. En los casos de daños, en Internet, a los derechos de la personalidad, se da la circunstancia de que tales derechos de la personalidad se hallan protegidos en todos los Estados miembros “*de modo absoluto*” (= toda persona se halla protegida por el Derecho de cada Estado, pues todos los Estados salvaguardan los derechos de la personalidad). Por el contrario, en los daños derivados de infracciones de derechos de autor, marcas, patentes, bases de datos, etc., tales derechos incorporales están protegidos, exclusivamente, frente a daños verificados en el territorio del Estado miembro donde tales derechos han sido registrados o cuya Ley los ha reconocido (= Estado miembro donde el derecho de propiedad intelectual o industrial existe)²⁹⁸. Indica el TJUE que, en estos casos, se trata de la presunta vulneración de derechos cuya protección jurídica “*se limita, por principio, al territorio del Estado miembro de registro, de modo que, por regla general, su titular no puede invocar dicha protección fuera de ese territorio*”²⁹⁹. Por ello, el titular de tales derechos no puede invocar la protección de estas marcas y otros derechos frente a daños producidos en otros Estados³⁰⁰. Lo expresa muy bien la STJUE 5 junio 2014, C-360/12, *Coty Germany*, ECLI:EU:C:2014:1318, § 45: “[*e*]n relación con los daños que resultan de violaciones del derecho de propiedad intelectual y comercial, el Tribunal de Justicia ha precisado que la materialización del daño en un Estado miem-

²⁹³ STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 34.

²⁹⁴ STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28, *Hejduk*, § 24.

²⁹⁵ STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 36.

²⁹⁶ Sent. *Cour de Cassation* Francia 9 diciembre 2003, *Castellblanch* [*Bulletin*, 2003, I, n. 45, p. 195].

²⁹⁷ Sent. Cass Italia 10 septiembre 2013 (publicidad desleal en Internet de un faro para coches imitación servil y sociedad presunta responsable con sede en Italia), *RDIPP*, 2014, pp. 647-653.

²⁹⁸ M. GRÜNBERGER, “Zuständigkeitsbegründender Erfolgsort bei Urheberrechtsverletzungen”, *IPRax*, 2015, pp. 56-65; R. HAUSMANN, “Die Verletzung gewerblicher Schutzrechte im europäischen internationalen Privat- und Verfahrensrecht”, *European Legal Forum*, 2003, pp. 278-288.

²⁹⁹ STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 25.

³⁰⁰ STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 25.

bro determinado está supeditada a que el derecho cuya vulneración se alega esté protegido en dicho Estado miembro". En consecuencia, el TJUE estima que el lugar donde se ha producido el daño es el Estado miembro de registro de la marca o derecho incorporal en cuestión presuntamente vulnerado³⁰¹. El TJUE estima que tales tribunales son "los que se encuentran en mejores condiciones para evaluar (...) si (...) efectivamente se vulnera la marca nacional protegida". Y dichos tribunales podrán conocer, *ex art. 7.2 RB I-bis*, de la totalidad del daño supuestamente irrogado al titular del derecho protegido, así como de una acción de cesación de cualquier vulneración de dicho derecho. Porque un derecho de propiedad industrial sólo se puede dañar en el país donde existe. Según el TJUE, en estos casos, deben distinguirse dos supuestos.

- a) *Daño a propiedades especiales sujetas a registro público para su propia existencia*. El "lugar del daño" es el Estado miembro donde la marca o derecho incorporal se halla registrada / protegida legalmente, que podrán conocer de la totalidad del daño supuestamente irrogado al titular del derecho de propiedad industrial o intelectual³⁰². Como indica el TJUE, el art. 7.2 RB I-bis, al contrario de lo que establece el art. 17.1.c RB-I, no exige, en particular, que la actividad controvertida "se dirija a" un concreto Estado miembro para poder activar el foro del lugar del daño. El TJUE rechaza, pues, la "tesis de la focalización" o "tesis de la actividad dirigida" en relación con el art. 7.2 RB I-bis³⁰³.
- b) *Daño a la propiedad intelectual*. En la inmensa mayoría de los ordenamientos jurídicos estatales, tal derecho incorporal no exige para su propia existencia la inscripción del mismo en un registro público. Normalmente, la propiedad intelectual existe desde el momento de su creación y por ese solo hecho de su creación. Por ello, la posibilidad de obtener, en un sitio de Internet accesible desde un concreto Estado miembro una serie de creaciones intelectuales protegidas por el Derecho de dicho Estado, supone que ha habido ya vulneración de tales derechos intelectuales en dicho Estado a efectos del art. 7.2 RB I-bis, pues el derecho de propiedad intelectual ya existe en tal Estado³⁰⁴. Por tanto, si el material que vulnera la propiedad intelectual es accesible en un Estado a través de Internet, ya ha habido "daño" a los derechos de propiedad intelectual en dicho Estado a efectos del art. 7.2 RB I-bis³⁰⁵. El lugar del daño es el lugar desde donde la "descarga de contenidos" es posible (= *download place*). Se trata de la "tesis de la accesibilidad": si el material es accesible en un Estado, en ese Estado se ha producido el daño a efectos del art. 7.2 RB I-bis.

No obstante lo anterior, en la STJUE 18 octubre 2012, C-173/11, *Football Dataco* (bases de datos gestionadas desde Alemania y datos enviados desde dicho país a ordenadores situados en Inglaterra), el enfoque del TJUE fue ligeramente diferente. En este caso, el TJUE estima que el hecho dañoso ha tenido lugar en el Estado miembro donde se halla establecido el público hacia el que el autor de dicho daño ha tenido la intención de dirigirse. Sigue, en este supuesto, por lo tanto, el TJUE, la tesis de la focalización.

vii) Daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia

153. En caso de daños derivados de cárteles, el lugar del acto inicial es el "lugar de constitución del cártel". Como indica el TJUE, una vez constituido el cártel, sus participantes se aseguran los beneficios de un bloqueo de la competencia y de los precios que han falseado³⁰⁶. Ahora bien, por razones obvias, el lugar de constitución del cártel no puede operar como "lugar del hecho causal" en el caso de que dicho cártel se componga de varios arreglos colusorios surgidos en diferentes reuniones y discu-

³⁰¹ STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, §§ 28-29.

³⁰² STJUE 21 diciembre 2016, C-618/15, *Amazon*, § 31; STJUE 19 abril 2012, C523/10, *Wintersteiger*, ECLI:EU:C:2012:220, § 25; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635, §§ 33, 35, 37.

³⁰³ STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28, §§ 32-33; STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635, § 42; STJUE 25 octubre 2011, *eDate / Martinez*, C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, § 46.

³⁰⁴ STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, *Pinckney*, ECLI:EU:C:2013:635, § 44.

³⁰⁵ STJUE 22 enero 2015, C-441/13, *Hejduk*, ECLI:EU:C:2015:28, § 34.

³⁰⁶ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, §§ 44-50.

siones mantenidas en diversos lugares de la UE. En este complejo supuesto, pueden conocer *ex art. 7.2 RB I-bis* como tribunales del “lugar del hecho causal”: (a) Los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio se puede identificar el “*hecho concreto con ocasión del cual fue definitivamente constituido el cártel*”; (b) O bien los tribunales del Estado miembro donde se concluyó un “*arreglo que por sí solo sea el hecho causal del perjuicio supuestamente sufrido por un comprador*”.

En cuanto al lugar del daño, según el TJUE, es aquél donde el perjuicio alegado se manifiesta de forma concreta y en concreto, el lugar donde, por culpa de un cártel, el perjudicado ha tenido que pagar sobrecostes a causa de un precio artificialmente elevado, que puede coincidir con el lugar donde la empresa perjudicada tiene su domicilio social. Si son varios los perjudicados, varios serán los tribunales competentes *ex art. 7.2 RB I-bis*³⁰⁷.

g) Daños plurilocalizados

154. Este problema surge cuando un mismo hecho causal produce daños que se verifican en distintos países³⁰⁸.

En dichos supuestos, el TJUE sigue la “tesis del mosaico” (“*Mosaic Principle*” o “*Mosaikbetrachtung*”: la “*vista de mosaico*”)³⁰⁹. Ello significa que el tribunal del Estado miembro en cuyo territorio se han producido los daños dispone de competencia judicial internacional a tenor del art. 7.2 RB I-bis sólo en relación con la responsabilidad derivada de los daños verificados en dicho Estado miembro. Dicho tribunal carece de competencia judicial internacional para conocer de los litigios derivados de daños verificados en otros Estados. El demandante debe demandar Estado miembro por Estado miembro, tesela por tesela, y de ese modo completará el mosaico de todos los daños que ha sufrido.

Si los daños plurilocalizados son, además, “ilícitos a distancia”, lo que será frecuente, entonces el demandante dispone de una opción de tribunal (*Optio Fori*). Ello significa que el demandante podrá demandar: (a) ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio ha tenido lugar el “hecho causal” por todos los daños producidos en todo el mundo, o bien (b) ante los tribunales del Estado miembro en cuyo territorio donde se han verificado los daños, pero sólo por los daños ocurridos en dicho Estado.

155. ➤ *Caso El caso CDC Hydrogen Peroxide*. CDC era una sociedad belga cesionaria de créditos indemnizatorios de empresas afectadas por un cártel, cuyo objeto reclamar su pago por vía extrajudicial y judicial. En 2009, ejerció una acción de reparación ante el LG Dortmund (Alemania) contra seis empresas de productos químicos, que, salvo Evonik Degussa GmbH, cuyo domicilio social estaba en Essen (Alemania), estaban domiciliadas en cinco Estados miembros distintos de la República Federal de Alemania. CDC pretendía, sobre todo, la condena solidaria de las demandadas al pago de una indemnización. Se trataba de una *acción follow-on*: La Dec.Com. 2006/903/CE de 3 mayo 2006 (Asunto COMP/F/C.38.620 — Peróxido de hidrógeno y perborato, DOUE L 353 de 13 diciembre 2006) había declarado que: (a) Las demandadas en el litigio principal y otras empresas habían participado en una infracción única y continua del (actual) art. 101 TFUE, al menos entre el 31 enero 1994 y el 31 diciembre 2000. (b) La infracción consistió principalmente en el intercambio

³⁰⁷ STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, §§ 52-56.

³⁰⁸ T. LUTZI, “Gerichtsstand am Schadensort und Mosaikbetrachtung bei Wettbewerbsverletzungen im Internet (zu EuGH, 21.12.2016, Rs. C-618/15, *Concurrence SARL vs. Samsung Electronics France SAS, Amazon Services Europe Sàrl*, unten S. 605, Nr. 43)”, *JPRax*, 37, 6, 2017, pp. 552-556; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Aplicación del foro del Artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 en casos de víctimas indirectas. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 21 diciembre 2016, *Concurrence, C-618/15*”, *CDT*, 10, 1, Marzo 2018, pp. 620-629.

³⁰⁹ STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166; STJCE 26 marzo 1992, C-261/90, *Dresdner Bank [III]*; STJCE 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459; STJCE 11 enero 1990, C-220/88, *Dumez France y otros/Hessische Landesbank y otros*, ECLI:EU:C:1990:8; STJCE 7 marzo 1995, C-68/93, *Shevill y otros/Presse Alliance*, ECLI:EU:C:1995:61; STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Marinari/Lloyd’s Bank*, ECLI:EU:C:1995:289; STJCE 27 octubre 1998, C-351/96, *Réunion*; STJCE 17 septiembre 2002, C-334/00, *Tacconi*; STJCE 1 octubre 2002, C-167/00, *Henkel*, ECLI:EU:C:2002:555; STJCE 5 febrero 2004, C-18/02, *DFDS Torline*, ECLI:EU:C:2004:74; STJCE 10 junio 2004, C-168/02, *Kronhofer*, ECLI:EU:C:2004:364; Sent. Cass. Italia 21 junio 2006.

de información confidencial e importante sobre el mercado y las empresas, la limitación o el control de la producción, el reparto de cuotas de mercado y de clientes, y la fijación y vigilancia de los precios en reuniones y conversaciones telefónicas multilaterales y/o bilaterales mantenidas de modo más o menos regular, principalmente en Bélgica, Francia y Alemania. CDC se apoyaba en acuerdos de cesión de créditos indemnizatorios concluidos con 32 empresas domiciliadas en trece diferentes Estados miembros de la UE o del Espacio Económico Europeo (EEE). Algunas de ellas habían concluido previamente acuerdos de cesión con otras 39 empresas. Las empresas interesadas operaban en el sector del tratamiento de la celulosa y del papel y habían comprado, entre 1994 y 2006, importantes cantidades de peróxido de hidrógeno en diferentes Estados miembros de la UE o del EEE, que fueron suministradas a fábricas de diversas empresas situadas en varios Estados miembros. Según las demandadas en el litigio principal, algunos de los contratos de venta correspondientes contenían cláusulas de arbitraje y cláusulas atributivas de competencia. Solución → El Tribunal de Justicia proclamó que: Cuando se reclama judicialmente una indemnización a demandados domiciliados en diferentes Estados miembros a causa de una infracción única y continuada del artículo 101 TFUE y del artículo 53 del Acuerdo EEE en la que han participado esos demandados en varios Estados miembros en diferentes momentos y lugares, infracción que ha sido declarada por la Comisión, el hecho dañoso se ha producido respecto a cada supuesta víctima considerada individualmente y cada una de esas 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 solo como el hecho causal del perjuicio alegado*, o bien ante el tribunal del *lugar de su propio domicilio social*. (STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 56).

156. Comentando el caso *CDC Hydrogen Peroxide*, no ha faltado quien vea en “la lapidaria afirmación que da expresa relevancia a la sede de la sociedad dañada” una solución claramente ventajosa para las víctimas, semejante a la del Tribunal de Justicia en el caso *eDate*, que introduce subrepticamente una especie de *forum actoris*³¹⁰. Yendo más allá de su *pedigree* jurídico, un sector doctrinal ha

³¹⁰ C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 179. Vid. STJUE 25 octubre 2011, *eDate Advertising y otros*, C-509/09 y C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685, comentada, *ad ex.*, por L. D’AVOUT, “Droit du commerce international. Contentieux judiciaire lié à internet”, *Recueil Le Dalloz*, 2012, pp. 2338-2340; T. AZZI, “Tribunal compétent et loi applicable en matière d’atteintes aux droits de la personnalité commises sur internet”, *Recueil Le Dalloz*, 2012, pp. 1279-1285; M. BOGDAN, “Defamation on the Internet, Forum Delicti and the E-Commerce Directive: Some Comments on the ECJ Judgment in the eDate Case”, *Yearbook of Private International Law*, XIII, 2011, pp. 483-491; S. BOLLÉE/B. HAFTTEL, “Les nouveaux (dés)équilibres de la compétence internationale en matière de cyberdélits après l’arrêt eDate Advertising et Martinez”, *Recueil Le Dalloz*, 2012, pp. 1285-1293; S. FRANCO, “Responsabilité du fournisseur d’information sur Internet: affaires eDate Advertising et Martinez”, *La Semaine Juridique - édition générale*, 2012, n° 1-2, pp. 35-38; T. GARBER, “Die internationale Zuständigkeit für Klagen aufgrund einer Persönlichkeitsrechtsverletzung im Internet”, *ÖJZ*, 2012, pp. 108-118; T. HARTLEY, “Cross-Border Privacy Injunctions: The EU Dimension”, *The Law Quarterly Review*, 2012, pp. 197-202; B. HESS, “Der Schutz der Privatsphäre im Europäischen Zivilverfahrensrecht”, *JZ*, 2012, pp. 189-193; M. VON HINDEN, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Persönlichkeitsverletzungen im Internet”, *ZEuP*, 2012, pp. 948-954; M. HO-DAC, “La violation des droits de la personnalité sur Internet en droit international privé: les solutions de l’arrêt eDate Advertising et Olivier Martinez”, *Rev.aff.eur.*, 2011, pp. 815-821; M. HORAK, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei Delikten im Internet”, *Ecolex*, 2012, pp. 62-63; J.-J. KUIPERS, *C.M.L.Rev.*, 2012, pp. 1211-1231; H. MUIR WATT, “Cour de justice de l’Union européenne. (C-509/09 et C-161/10 aff.jtes). - 25 octobre 2011”, *RCDIP*, 2012, pp. 389-411; E. LEIN, “Competencia judicial internacional - Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, eDate Advertising GmbH c. X y Olivier Martinez y Robert Martinez c. MGN Limited”, *REDI*, 2012, pp. 193-198; P. PICHLER, “Forum-Shopping für Opfer von Persönlichkeitseingriffen im Internet? Das EuGH-Urteil eDate Advertising gegen X und Martinez gegen MGN (C-509/09 und C-161/10)”, *Medien und Recht*, 2011, pp. 365-368; M. REYMOND, “The ECJ eDate Decision: A Case Comment”, *Yearbook of Private International Law*, XIII, 2011, pp. 493-506; M. ROBAK, “Drei sind einer zuviel: Internationale Gerichtsstände bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts im Internet”, *GRUR*, 2011, pp. 257-259; H.-P. ROTH, “EuGH: Internationale gerichtliche Zuständigkeit bei Online-Persönlichkeitsrechtsverletzungen”, *CR*, 2011, pp. 811-813; W.-H. ROTH, “Persönlichkeitsschutz im Internet: Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht”, *IPRax*, 2013, pp. 215-227; R. SACK, “Der EuGH zu Art. 3 E-Commerce-Richtlinie - die Entscheidung ‘eDate Advertising’”, *EWS*, 2011, pp. 513-518; M. SLONINA, “Erfolgsortsgerichtsstand nach Art 5 Nr 3 EuGVVO bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet (auch) am Mittelpunkt der Interessen des Opfers”, *ÖJZ*, 2012, pp. 61-67; T. THIEDE, “Online Medien, Persönlichkeitsrechtsschutz und Internationale Zuständigkeit”, *GPR*, 2011, pp. 259-262; ID., “Aktivgerichtsstand für Betroffene von Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Onlinebereich”, *Ecolex*, 2012, pp. 131-134; ID., “Bier, Shevill und eDate

criticado esta respuesta del Tribunal de Justicia³¹¹. Se señala, en efecto, que: (a) El *enfoque* del TJUE es desafortunado: mejor que recurrir, como foro, al *domicilio social* de la víctima hubiera sido preferible, por respeto al centro de gravedad de la situación privada internacional, centrar la respuesta en el *mercado* en el que el *principio de soberanía del consumidor* ha sido dañado. Se reconocería así el importante papel que desempeña el lugar en el que se han ofrecido bienes y servicios a un precio supracompetitivo impuesto por el cártel. (b) Sería, además, un *criterio de competencia judicial coherente* con el *criterio de competencia legislativa* que acoge el art. 6.3, letra a], Reglamento Roma II.

h) Víctimas indirectas y daños indirectos

157. En determinados casos, algunas personas experimentan un daño indirecto como consecuencia del daño infligido directamente a otra persona, bien o derecho (“víctima de rebote”/*victime par ricochet*)³¹². Pues bien, los sujetos que son presuntas “víctimas indirectas” no pueden utilizar el art. 7.2 RB I-bis para demandar en el Estado miembro en cuyo territorio han sufrido ese daño indirecto.

158. Abrir el art. 7.2 RB I-bis a las “víctimas indirectas” supondría abrir un auténtico y totalmente injustificado “foro del domicilio del actor”, de modo que el presunto “perjudicado indirecto” podría demandar ante los tribunales del Estado miembro de su domicilio aunque el caso no presente vínculos reales ni sustanciales con ese país. En otros términos, puede afirmarse que ese foro del “lugar de producción del daño indirecto” resultaría totalmente imprevisible para el demandado, presunto responsable del daño, lo que vulnera la idea inspiradora fundamental del Reglamento Bruselas I-bis³¹³. Conclusión: los sujetos que sean presuntas “víctimas indirectas” no pueden utilizar el art. 7.2 RB I-bis para demandar ante los tribunales del Estado miembro en el que han sufrido un daño. El art. 7.2 RB I-bis sólo permite a la presunta víctima presentar su demanda ante el tribunal del lugar donde ha ocurrido el daño que afecta directamente a una persona, bien o derecho.

159. El lugar relevante para el art. 7.2 RB I-bis es el lugar donde se verifica el “daño directo”, la lesión de un bien jurídico protegido como consecuencia inmediata de un acto que es la causa de dicho daño. Varios casos deben distinguirse:

- 1º) *Daños directos a bienes físicos*. El daño directo se padece en el lugar donde se encuentra el bien material que se ha visto presuntamente perjudicado y/o vulnerado: lugar donde radica una plantación contaminada, donde radica una propiedad inmueble dañada, donde se halla un bien mueble que ha sido perjudicado o destruido, donde se encuentra una persona que ha sufrido lesiones, etc.
- 2º) *Daños directos a bienes inmateriales*. El daño directo se padece en el lugar donde el derecho inmaterial del que es titular la víctima ha sido vulnerado o se ha visto perjudicado: lugar donde el derecho inmaterial, como la patente, la marca, el nombre comercial, existe y se

- Aegrescit medendo?”, *GPR*, 2012, pp. 219-222; O. WEBER, “EuGH: Gerichtliche Zuständigkeit und Heimatstaat-Kontrolle bei Verletzung von Persönlichkeitsrechten im Internet”, *MMR*, 2012, pp. 48-50; A. WITTEW/J. MÜLLER, “Internationale Zuständigkeit bei Persönlichkeitsverletzungen im Internet”, *European Law Reporter*, 2012, pp. 96-98.

³¹¹ S. BARIATTI, “Violazione di norme antitrust e diritto internazionale privato: il giudice italiano e i cartelli”, *RDIPP*, 2008, 2, pp. 349-362; F.W. BULST, “Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Schadensberechnung im Kartelldeliktsrecht”, *EWS*, 2004, 9, pp. 403-410 (p. 406); C. FRATEA, “Private antitrust enforcement e profili di diritto internazionale privato”, en P. MANZINI (ED.), *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza: commento al d.lgs. n. 3/2017*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 179-180.

³¹² F. AL-DEB’/B. KRAUSE, “‘Schadensersatz’ für mittelbare Kartelloffer – ein Fall für § 313 BGB (Störung der Geschäftsgrundlage)”, *ZGS*, 2006, pp. 20-25; D. RIDYARD, “Indirect effects and unintended consequences: a comment on the Commission’s White Paper on private actions”, *G.C.L.R.*, 2, 2, 2009, pp. 115-118.

³¹³ STJCE 11 enero 1990, C-220/88, *Dumez France y otros/Hessische Landesbank y otros*, ECLI:EU:C:1990:8, §§ 20 y 21; STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Marinari/Lloyd’s Bank*, ECLI:EU:C:1995:289, §§ 14 y 15; STJCE 27 octubre 1998, C-351/96, *Drouot assurances/Consolidated metallurgical industries y otros*, ECLI:EU:C:1998:242; Sent. Trib. Napoli (Italia) 4 enero 2007 [*RDIPP*, 2007, p. 451] (ciudadano italiano contagiado de AIDS por ciudadana italiana que fue infectada de AIDS en los Estados Unidos durante una operación de transplante de riñón).

utiliza y ha sido presuntamente vulnerado, o lugar donde una persona es conocida y goza de una reputación determinada y donde se ha difundido una información dañina en el caso de presunto daño al derecho al honor.

- 3º) *Daños indirectos*. Daño indirecto es aquél que se padece como consecuencia de otro daño sufrido de modo directo. Pues bien, el lugar donde se experimenta un “daño indirecto” no es relevante para el art. 7.2 RB-I y no es operativo para abrir dicho foro de competencia judicial internacional. Por eso subraya el TJUE que no se considera “lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso”, el “lugar en el que la víctima alega haber sufrido un perjuicio patrimonial debido a un daño inicial sobrevenido y sufrido por ella en otro Estado miembro”³¹⁴.

160. La jurisprudencia nacional sigue las directrices del TJUE y niega que el art. 7.2 RB-I bis permita litigar en el Estado miembro donde han tenido lugar o pudieran tener lugar los daños indirectos³¹⁵. Así, en el caso de competencia desleal, el “daño directo” se produce en país en cuyo mercado nacional (= Reino Unido) opera la parte demandada, una sociedad irlandesa, que ofrece productos cuya patente no le pertenece³¹⁶. En este caso, en Italia sólo se verifica daños indirectos, por lo que los tribunales italianos carecen de competencia *ex art. 7.2 RB-I bis* para conocer del asunto.

B) El *forum connexitatis*

161. Cuando el art. 7.2 RB I-bis se utiliza para demandar a *varios sujetos* en régimen de *litisconsorcio pasivo*, es aplicable el art. 8.1 RB I-bis (*forum connexitatis, der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft bei mehreren Beklagten*)³¹⁷. Dicho precepto permite al demandante presentar su demanda

³¹⁴ STJUE 16 junio 2016, C-12/15, *Universal Music International Holding*, ECLI:EU:C:2016:449, § 34; STJCE 19 septiembre 1995, C-364/93, *Marinari/Lloyd's Bank*, ECLI:EU:C:1995:289, § 14; STJCE 10 junio 2004, C-168/02, *Kronhofer*, ECLI:EU:C:2004:364, § 21.

³¹⁵ Así: Ord Cass. Italia 13 diciembre 2005 [el lugar del hecho dañoso no es el lugar donde el perjudicado dice haber sufrido un perjuicio patrimonial como consecuencia de un daño que se ha verificado en otro Estado], Ord Cass Italia 27 diciembre 2011 [pagos realizados a banco español que, de modo presuntamente indebido, permitió que terceros accedieran a esa cuenta bancaria: el hecho dañoso ha ocurrido en España “*ed è irrilevante dove si son verificate o potranno verificarsi le conseguenze future di tale evento, il depauperamento del patrimonio della società attrice [con sede en Italia]*”, *RDIPP*, 2012, p. 939).

³¹⁶ Sent. Trib. Bologna 24 octubre 2012 (empresa irlandesa que vende en el Reino Unido productos protegidos por patente de la que es titular una empresa italiana, *RDIPP*, 2013, p. 1002).

³¹⁷ C. ALTHAMMER, “Die Anforderungen an die ‘Ankerklage’ am *forum connexitatis* (Art. 6 Nr. 1 EuGVVO)”, *IPRax*, 2006, pp. 558-563; Id., “Die Auslegung der Europäischen Streitgenossenschaftszuständigkeit durch den EuGH – Quelle einer Fehlinterpretation?”, *IPRax*, 2008, pp. 228-233; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 463-467 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); D. COESTER-WALTJEN, “Konnexität und Rechtsmissbrauch – zu Art. 6 Nr. 1 EuGVVO”, en D. BAETGE/J. VON HEIN/M. VON HINDEN (HRSG.), *Die richtige Ordnung: Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 747-758; R. GEIMER, “Fora connexitatis – Der Sachzusammenhang als Grundlage der internationalen Zuständigkeit”, *WM*, 1979, pp. 350-361; P. GOTTWALD, “Europäische Gerichtspflichtigkeit kraft Sachzusammenhangs”, *IPRax*, 1989, pp. 272-274; R. HARMS, “Der Gerichtsstand des Sachzusammenhangs (Art. 6 Nr. 1 EuGVVO) bei kartellrechtlichen Schadensersatzklagen”, *EuZW*, 2014, pp. 129-134; A. KIRSCHSTEIN/J. DORNBUSCH, “Gerichtsstand der Streitgenossenschaft”, *RIW*, 2015, pp. 193-198; O. KNÖFEL, “Gerichtsstand der prozessübergreifenden Streitgenossenschaft gemäss Art. 6 Nr. 1 LugÜ?”, *IPRax*, 2006, pp. 503-507; N. LUND, “Verschwommene Konturen: Das Luxemburger Porträt der Konnexität des Art. 6 Nr. 1 EuGVVO”, *RIW*, 2012, pp. 377-380; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 34-43; S. MOCK, “Internationale Streitgenossenschaftszuständigkeit”, *IPRax*, 2010, pp. 510-513; R. MONICO, “Il private enforcement nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, pp. 1147-1186 (pp. 1174-1176); H. MUIR WATT, “Article 8”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, pp. 369-407 (pp. 381-392); H. ROTH, “Das Konnexitätserfordernis im Mehrparteiengerichtsstand des Art. 6 Nr. 1 EuGVO”, en D. BAETGE/J. VON HEIN/M. VON HINDEN (HRSG.), *Die richtige Ordnung: Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 885-903; K. SCHURIG, “Der Konnexitätsgerichtsstand nach Art. 6 Nr. 1 EuGVVO und die Verschleifung von örtlicher und internationaler Zuständigkeit im europäischen Zivilverfahrensrecht”, en C. HEINRICH (HRSG.), *Festschrift für Hans-Joachim Mustielak zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2004, pp. 493-522; B. SUJECKI, “Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft nach Art. 6 Nr. 1 EuGVVO in Verfahren über die Durchsetzung gewerblicher Schutzrechte”, *EWS*, 2014, pp. 138-142; S. VOGENAUER, “Zur Begründung des Mehrparteiengerichtsstands aus Art. 6 Nr. 1 LugÜ in England und Schottland”, *IPRax*, 2001, pp. 253-257; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 289-

contra todos los demandados en un mismo proceso, y ante los tribunales del Estado miembro donde tenga su domicilio cualquiera de ellos³¹⁸. El art. 8.1 RB I-bis hace competente, directamente, al tribunal del Estado miembro del domicilio de cualquiera de los demandados. Es, al mismo tiempo, un foro de competencia judicial internacional y de competencia territorial interna³¹⁹. El foro del art. 8.1 RB-I permite que un tribunal de un Estado miembro pueda conocer de una acción en materia delictual o cuasi delictual; aunque el daño no se haya verificado en el Estado miembro al que pertenece el tribunal

a) Régimen general

162. Cuando existen varios demandados, el art. 8.1 RB I-bis permite al demandante presentar su demanda contra todos los demandados en un mismo proceso, y ante los tribunales del Estado miembro donde tenga su domicilio cualquiera de ellos³²⁰. El art. 8.1 RB I-bis hace competente, directamente, al tribunal correspondiente al domicilio de cualquiera de los demandados (*el demandado ancla, the anchor defendant, der Erstbeklagte, der Ankerbeklagte*). Es, al mismo tiempo, un foro de competencia judicial internacional y de competencia territorial interna (R. GEIMER).

163. ➤ *Caso 1. Litisconsorcio pasivo europeo.* Una sociedad con sede en Bruselas y otra sociedad con sede en Ámsterdam son deudoras solidarias de una sociedad con sede en Valencia, acreedora de las anteriores. La sociedad valenciana, ante el impago de la deuda, que debía satisfacerse en España, decide demandar a sus co-deudoras y planea emplear al efecto el art. 8.1 RB I-bis. Solución → Si la sociedad actora desea utilizar el art. 8.1 RB I-bis y hacer competente a un solo tribunal para que conozca del caso en su totalidad, podrá presentar la demanda ante los jueces belgas o ante los jueces holandeses, correspondientes al domicilio de cualquiera de los demandados (art. 4 RB I-bis). De ese modo, si presenta su demanda ante juez holandés, éste aplicará el art. 8.1 RB I-bis y se declarará competente frente a las dos co-deudoras. Pero, si la sociedad española utiliza el art. 7.1 RB I-bis (= foro especial en materia contractual) y decide demandar en Madrid a su deudora belga, el tribunal español no podrá aplicar el art. 8.1 RB I-bis para declararse competente también en relación a la sociedad holandesa.

164. ➤ *Caso 2. Litisconsorcio pasivo extra-europeo.* Una sociedad con sede social en Sevilla es acreedora de tres sociedades: una sociedad con sede social en Montreal, otra con sede social en París, y otra con sede social en Berlín, que deben realizar una prestación pecuniaria en Italia. La sociedad con sede social en Sevilla se pregunta si, en el caso de presentar su demanda ante los tribunales alemanes, correspondientes al domicilio de uno de los demandados, éstos podrán conocer también por litisconsorcio europeo, de la demanda dirigida contra las otras dos sociedades. Solución → El tribunal alemán sólo puede aplicar el art. 8.1 RB I-bis en relación a los demandados con domicilio en Francia y Alemania. En consecuencia, podrá declarar, en su caso, el litisconsorcio pasivo de ambos. Pero el art. 8.1 RB I-bis no alcanzará a la sociedad con sede social en Canadá, que no podrá ser demandada en Alemania con base en el art. 8.1 RB I-bis. Sólo si la legislación procesal alemana dispone de la posibilidad de demandar a la sociedad canadiense ante los tribunales alemanes por litisconsorcio pasivo, los tribunales alemanes podrán conocer de la demanda dirigida contra la sociedad canadiense, pero nunca con fundamento jurídico en el art. 8.1 RB I-bis.

165. Para poder hacer uso del foro previsto en el art. 8.1 RB I-bis, es preciso que concurran estos requisitos:

320; C. WOLF, "Rechtshängigkeit und Verfahrenskonnexität nach EuGVÜ", *EuZW*, 1995, pp. 365-367.

³¹⁸ STJCE 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459; STJCE 11 octubre 2007, C-98/06, *Freeport*, ECLI:EU:C:2007:595, comentada por B. SUJECKI, "Anmerkung zum Urteil des Gerichtshofs in Sachen 'Freeport'", *NJW*, 2007, pp. 3702-3706, y por M. WÜRDINGER, "Kommentar zum Urteil des Gerichtshofs in Sachen 'Freeport'", *RIW*, 2008, pp. 71-72; Sent. Cass. Italia 21 junio 2006 [difamación en publicación alemana difundida en Italia]; SAP Alicante 18 enero 1995 [AC 1995\164].

³¹⁹ Con notable confusión, SAP Álava 9 marzo 1995, Auto AP Valladolid, Sec.1ª, 24 febrero 1995.

³²⁰ STJCE 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459; STJCE 11 octubre 2007, *Freeport*, ECLI:EU:C:2007:595; STS 10 enero 2017 (Reglamento 6/2002); SAP Alicante 18 enero 1995 [AC 1995\164]; STSJ Castilla-La Mancha 18 julio 2005 [AS 2005\2583]; AAP Madrid 27 marzo 2008.

- 1º) *Todos los demandados deben estar domiciliados en Estados miembros (mehrere Beklagte in verschiedenen Mitgliedsstaaten)*³²¹. Si uno de los co-demandados no reside en un Estado miembro del Reglamento Bruselas I-bis, el art. 8.1 RB I-bis no puede utilizarse para hacer competente a un solo tribunal frente a los co-demandados no domiciliados en el territorio de la UE³²². La cuestión se regirá, en tal caso, por las normas de producción interna del Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto.
- 2º) *Las demandas planteadas deben estar “vinculadas estrechamente” entre sí*. Varios datos deben subrayarse al respecto.
- a) El concepto de “vinculación entre las demandas” es propio del Reglamento Bruselas I-bis (P. JENARD, J.P. BÉRAUDO, F. GARAU SOBRINO, D. ALEXANDRE), que ha copiado la solución dada por la STJCE 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459: existe “vinculación estrecha” cuando se aprecia que es oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo para de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables, si los asuntos fueren juzgados separadamente. En el comercio internacional resulta frecuente que un acto ilícito genere otros actos ilícitos³²³. Así la fabricación presuntamente ilegal de llantas de automóvil falsificadas (= “acto ilícito 1”) llevada a cabo por una empresa española en España es el origen de la venta de tales llantas por parte de otra empresa italiana (= “acto ilícito 2”). Pues bien, en estos casos, aunque los ilícitos están vinculados al integrarse en una cadena de actos en secuencia, se trata de actos diferentes que darán lugar, en su caso, a responsabilidades jurídicas distintas de varios sujetos diferentes. Las sentencias que puedan dictarse contra estos dos demandados no serán inconciliables. Por ello, estos dos actos y estas dos demandas no están vinculadas “estrechamente”. Se demuestra ello; porque, si la demanda presentada en España contra la sociedad que vende las llantas pudiera comportar una atracción en favor de los tribunales españoles de la competencia internacional en relación con la sociedad que las fabrica en Italia, se produciría una infracción de la previsibilidad de los foros de competencia para la sociedad fabricante de las llantas. En consecuencia, cuando existe una “demanda base” o “demanda madre” (= demanda contra la sociedad fabricante de las llantas) y otra demanda conexa a la anterior (= demanda contra el vendedor de llantas), la segunda demanda constituye una “demanda por consecuencia” de menor entidad que la primera, que constituye una “demanda madre”. En estos casos, el tribunal competente para conocer de la “demanda por consecuencia” no debe poder conocer de la “demanda madre”. La Sent. Cass Italia 9 febrero 2015 estima que existe esta conexión cuando se aprecia una *causa petendi* común entre diferentes demandas³²⁴.
 - b) Esta “vinculación estrecha” entre las demandas debe existir en el momento de la presentación de las mismas, que es el momento en el que es más adecuado “*tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueran juzgados separadamente*”³²⁵.
 - c) Resoluciones inconciliables son resoluciones contradictorias³²⁶.

³²¹ D. ASHTON/C. VOLLRATH, “Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community Competition Law”, *ZWeR*, 2006, pp. 1-27 (p. 7); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 290. En contra, sentencia KG Berlin 9 abril 2001, *IPRax*, 2002, p. 515.

³²² STJCE 27 octubre 1998, C-51/97, *Réunion européenne y otros*, ECLI:EU:C:1998:509; STJUE 11 abril 2013, C-645/11, *Land Berlin y Ellen Mirjam Sapir y otros*, ECLI:EU:C:2013:228, §§ 55-56.

³²³ Ordenanza Corte Cass, Italia, 18 septiembre 2014 (contrato de consultoría entre sociedades italiana e irlandesa con un ayuntamiento italiano), *RDIPP*, 2015, pp. 653-656; SAP Alicante 13 febrero 2014 (infracción de marca); STJUE 20 abril 2016, C-366/13, *Profit Investment SIM*, ECLI:EU:C:2016:282, § 61.

³²⁴ Sent. Corte Cass. Italia 9 febrero 2015, *RDIPP*, 2016, p. 226.

³²⁵ STJCE 11 octubre 2007, C-98/06, *Freeport*, ECLI:EU:C:2007:595; STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, § 25.

³²⁶ STJCE 13 julio 2006, C-539/03, *Roche Nederland* [ECLI:EU:C:2006:458]; STJCE 13 julio 2006, C-103/05, *Reisch*, ECLI:EU:C:2006:471, comentada por M. WÜRDINGER, “Anmerkung zum Urteil des Gerichtshofs in Sachen ‘Reisch’”, *ZZP Int.*,

- d) En el caso de demandas que hacen referencia a actos distintos, como la vulneración de la misma patente en distintos Estados miembros por diferentes demandados, no existe “estrecha vinculación entre las demandas” y el art. 8.1 RB I-bis es inaplicable³²⁷.
- e) El art. 8.1 RB I-bis se puede emplear aunque se trate de demandas presentadas contra varios demandados y con fundamentos jurídicos distintos³²⁸ y también puede utilizarse cuando las demandas presentadas contra varios demandados por violaciones sustancialmente idénticas de derechos de autor se basen en legislaciones nacionales diferentes, según las normas de conflicto de los Estados miembros. El hecho de que las demandas presenten fundamentos de Derecho distintos es sólo un dato más que debe ser valorado por el tribunal que conoce del asunto para decidir si existe el riesgo de que se dicten resoluciones inconciliables si las demandas fueran juzgadas por separado³²⁹.
- 3º) *Los demandados deben presentar alguna vinculación jurídica previa entre sí.* Esta exigencia no es requerida expresamente por el Reglamento Bruselas I-bis, pero la doctrina mayoritaria entiende que esta exigencia es adecuada. En efecto, de tal modo, los co-demandados podrán prever razonablemente la competencia de los tribunales del país del domicilio de cualquiera de los demandados³³⁰. *Ejemplo 1:* se puede demandar en Italia a los responsables de una publicación alemana que difundió una información difamatoria y al articulista de la misma, domiciliado en Italia, que escribió tal información³³¹. En efecto, ambos sujetos estaban ligados por una vinculación previa subjetiva de modo que podían perfectamente ser demandados el uno en el Estado miembro de domicilio del otro. Esta exigencia evita litisconsorcios pasivos “ficticios” *Ejemplo 2:* si un sujeto español domiciliado en España y otro portugués domiciliado en Portugal han causado, con sus respectivas motos de agua, daños a un turista español en una playa portuguesa, la víctima puede demandar en Portugal a ambos sujetos mediante el art. 7.2 RB I-bis. Sin embargo, no puede demandar en España al sujeto domiciliado en España (art. 4 RB I-bis) y atraer a los tribunales españoles, en virtud del art. 8.1 RB I-bis, al sujeto domiciliado en Portugal. En efecto, antes de la accidente con las motos de agua no existía ningún vínculo subjetivo entre ambos demandados, de forma que el sujeto con domicilio en Portugal nunca podría haber previsto ser demandado en España por un accidente que ocurre en Portugal.
- 4º) *La existencia de litisconsorcio pasivo necesario o voluntario la determina el Derecho procesal del país cuyos tribunales conocen del asunto.* Se trata de una exigencia implícita del art. 8.1 RB I-bis (M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN)³³².
- 5º) *Litisconsorcio pasivo, desistimiento y abuso de derecho.* Basta que se acredite que las demandas están vinculadas entre sí de modo objetivo, para que el art. 8.1 RB I-bis pueda entrar en acción³³³. Exigir que se demuestre que el actor no perseguía el objetivo de “atraer” a un demandado a la jurisdicción de otro tribunal distinto del tribunal de su domicilio, es excesivo, inoportuno y vulnera la letra y el espíritu del art. 8.1 RB I-bis, que, concientemente, nada indica al respecto, como sí lo hace, por el contrario, el art. 8.2 RB I-bis, pese a la opinión de ciertos autores (I. HEREDIA CERVANTES). Por tanto, si el actor presenta su demanda contra dos demandados, uno domiciliado en Estado miembro ante cuyos tribunales se acciona (el *demandado ancla*) y otro domiciliado en otro Estado miembro, puede suceder que el actor

11, 2006, pp. 180-190.

³²⁷ STJCE 13 julio 2006, C-539/03, *Roche Nederland* [ECLI:EU:C:2006:458].

³²⁸ STJCE 11 octubre 2007, C-98/06, *Freeport*, ECLI:EU:C:2007:595, comentada por R. ARENAS GARCÍA, “El foro de la pluralidad de demandados ante el TJCE: Comentario a la STJCE de 11 de octubre de 2007”, *AEDIP*, VII, 2007, pp. 627-642.

³²⁹ STJUE 1 diciembre 2011, C-145/10, *Eva-Maria Painer contra Standard VerlagsGmbH y otros*, [ECLI:EU:C:2011:798]; STJUE 11 abril 2013, C-45/11, *Land Berlin y Ellen Mirjam Sapir y otros*, [ECLI:EU:C:2013:228], § 44.

³³⁰ Ord. Corte Cass., Italia, 18 septiembre 2014 (contrato de consultoría entre sociedades italiana e irlandesa con un ayuntamiento italiano); STJCE 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459; STJCE 27 octubre 1998, C-51/97, *Réunion européenne y otros*, ECLI:EU:C:1998:509.

³³¹ Sent. Corte Cass. Italia 21 junio 2006, *Benza* [RDIPP, 2007, p. 414].

³³² SAP Madrid 27 junio 2003 (“corralito argentino”) [CENDOJ 28079370142003200003].

³³³ STJCE 26 mayo 2005, C-112/03, *Zurich*; STJCE 11 octubre 2007, C-98/06, *Freeport*, ECLI:EU:C:2007:595.

desista de la demanda presentada contra el demandado con domicilio en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto. En tal caso, el otro demandado sigue estando sometido al tribunal que conoce del litigio *ex art. 8.1 RB I-bis*³³⁴.

- 6º) *Demanda declarada inadmisibile*. Si la demanda presentada contra el demandado domiciliado en el país cuyos tribunales conocen del asunto es declarada inadmisibile con arreglo al Derecho nacional, ello no “desactiva” el foro del art. 8.1 RB I-bis, y el tribunal es competente respecto del codemandado domiciliado en otro Estado miembro³³⁵.
- 7º) *Litisconsorcio pasivo y sumisión*. En el caso de que el segundo demandado tenga firmada una cláusula de sumisión a favor de un tribunal de otro Estado, surgen graves problemas. En ese caso debe afirmarse que no se puede demandar al segundo demandado ante los tribunales del Estado miembro de domicilio del primer demandado, pues el segundo demandado está protegido por la cláusula de sumisión que le vincula con el demandante, cláusula que prevalece sobre el foro del domicilio del demandado³³⁶.

b) Aplicación a las acciones por daños anticompetitivos

El foro de la conexidad es un “viejo conocido” en las acciones civiles de daños por infracción del Derecho antitrust europeo³³⁷. Son varias las razones que explican su éxito:

- 1º) Gracias a este foro, las demandas por daños contra los integrantes del *cártel de las vitaminas* se acumularon ante los tribunales londinenses³³⁸. Se evitó así una pluralidad de juicios en países diferentes y el riesgo de que se dictaran decisiones contradictorias.
- 2º) Éste es un foro útil tanto para demandas autónomas como para demandas de seguimiento (*stand alone and follow-on actions, Initiativ- und Folgeklagen*)³³⁹.
- 3º) El foro de la conexidad favorece la *economía procesal*: (a) El actor puede dirigirse contra varios demandados mediante *un solo procedimiento* judicial (*prozessuale Konzentrationswirkung*), que le supone un *ahorro de trabajo y gastos* frente a una (potencial) pluralidad de procedimientos³⁴⁰. (b) El actor puede reclamar que se repare *todo el daño* que se le ha

³³⁴ STSJ Castilla-La Mancha 18 julio 2005, *Iván Helguera*; STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, §§ 25-28.

³³⁵ STJCE 13 julio 2006, C-103/05, *Reisch*, ECLI:EU:C:2006:471, comentada por M. WÜRDINGER, “Anmerkung zum Urteil des Gerichtshofs in Sachen ‘Reisch’”, *ZJP Int.*, 11, 2006, pp. 180-190.

³³⁶ Ord. Corte Cass, Italia 18 septiembre 2014 (contrato de consultoría entre sociedades italiana e irlandesa con un ayuntamiento italiano), *RDIPP*, 2015, pp. 653-656.

³³⁷ *Vid.*, *ad ex.*, J. BASEDOW/C. HEINZE, “Kartellrechtliche Schadensersatzklagen im europäischen Gerichtsstand der Streitgenossenschaft (Art. 6 Nr. 1 EuGVO)”, en S. BECHTOLD/J. JICKELI/M. ROHE (HRSG.), *Recht, Ordnung und Wettbewerb: Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel*, Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 63-84; U. BÖRGER, “Internationale Zuständigkeit für kartellprivatrechtliche Schadensersatzklagen nach Art. 6 Nr. 1 EuGVO”, en M. NIETSCH/M. WELLER (HRSG.), *Private enforcement: Brennpunkte kartellprivatrechtlicher Schadensersatzklagen*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 33-47; G. KOUTSOUKOU/P. PAVLOVA, “Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Kartellrechts - Anmerkung zu OGH, Beschl. v. 14.2.2012, 5 Ob 39/11p - Gesamtschuldnerische Haftung”, *WuW*, 64, 2, 2014, pp. 153-163.

³³⁸ High Court of England and Wales, *Provimi et al. v Aventis et al.*, [2003] 2 All ER (Comm) 683 (6 May 2003). Sobre el caso *Provimi*, *vid.*, *ad ex.*, F.W. BULST, “The Provimi decision of the High Court: beginnings of private antitrust litigation in Europe”, *EBOR*, 4, 4, 2003, pp. 623-650; N. KRAUSE/S. MULLETTE, “How Vitamins Stimulated the Debate on Private Antitrust Litigation”, *ZWeR*, 2007, pp. 466-482; G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfere: Forum shopping im europäischen Kartelldeliktsrecht (zu *Provimi Ltd. vs. Roche Products Ltd. and other actions*, 6.6.2003, (2003) EWHC 961 (Comm) (2003), 2 All ER (Comm) 683, und *LG Dortmund*, 1.4.2004, 13 O 55/02, unten S. 542, Nr. 45)”, *IPRax*, 25, 6, 2005, pp. 509-516.

³³⁹ E.R. GEIER, *Die Streitgenossenschaft im internationalen Verhältnis*, Bern, Stuttgart, Wien, Haupt, 2005, p. 52; G. KOUTSOUKOU/P. PAVLOVA, “Der Gerichtsstand der Streitgenossenschaft bei Schadensersatzklagen wegen Verletzung des EU-Kartellrechts: Anmerkung zu OGH, Beschl. v. 14.2.2012, 5 Ob 39/11p, Gesamtschuldnerische Haftung (WuW 2012, 1251)”, *WuW*, 64, 2, 2014, pp. 153-164; S. LEIBL/R. FREITAG, *Forderungseintreibung in der EU*, München, Beck, 2008, p. 46; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 289.

³⁴⁰ E.R. GEIER, *Die Streitgenossenschaft im internationalen Verhältnis*, Bern, Stuttgart, Wien, Haupt, 2005, p. 31; G. MÄSCH, “Vitamine für Kartellopfere - Forum shopping im europäischen Kartelldeliktsrecht”, *IPRax*, 2005, pp. 509-516 (p. 510); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena,

causado³⁴¹. Por el contrario, para los demandados, las ventajas de este foro no son tan claras. Es cierto que un solo *procedimiento probatorio* ante el tribunal que está conociendo puede acabar liberándolos o reduciendo su responsabilidad³⁴²; pero no es menos cierto que, a cambio, tienen que *litigar fuera del Estado de su domicilio o de su sede*³⁴³.

- 4º) Los demandantes tienen altas probabilidades de lograr que el tribunal ante el que interponen sus acciones se declare competente, si consiguen acreditar *tres datos*:
- a) Que el domicilio del *demandado ancla* se encuentra en el territorio del Estado miembro en el que se hallan los tribunales ante los que se pretende litigar.
 - b) Que el *demandado ancla* (*der Erstbeklagte, der Ankerbeklagte*) no sea un extraño al acto competitivo dañoso que se desea resarcir. Dicho con otros términos, tiene que establecerse la *vinculación* de aquél con el hecho ilícito de que se trate y, por tanto, la posibilidad de que tenga alguna responsabilidad. Aunque lo veremos con mayor detalle al ocuparnos de la *legitimación procesal pasiva*, ésta es una cuestión compleja, cuando se trata de *grupos de sociedades*.
 - c) Que exista *relación entre las demandas* que se desea acumular (*ad ex.*, Auto OLG Hamm 1 diciembre 2016, 32 SA 43/16, ECLI:DE:OLGHAM:2016:1201.32SA43.16.00).
- 5º) Este mecanismo procesal permite, pese a su sencillez, no sólo *evitar futuras sentencias irreconciliables y optimizar la economía procesal*, sino también *incrementar la presión negociadora*: El *demandado ancla* litiga ante un tribunal del Estado en el que está domiciliado; mientras que los demás demandados obviamente litigan ante un tribunal que está fuera del Estado de su domicilio y esto supone *mayores costes* (*ad ex.*, dictámenes sobre el contenido y la aplicabilidad del Derecho extranjero, costes de traducciones, búsqueda de un bufete extranjero de ese país que siga las incidencias del proceso día a día, etc.)³⁴⁴. Esto último es importante; porque, además, dadas las *cantidades indemnizatorias* que se manejan frecuentemente, es absolutamente normal que se intente poner fin al procedimiento mediante un *acuerdo extrajudicial* entre las partes.

167. ➤ *Caso 1. Conexidad en el cártel de las vías (Schienekartell): el Auto OLG Hamm 1 diciembre 2016.* Tres sociedades pertenecientes a Deutsche Bahn (*DB Regionetz Infrastruktur GmbH, DB Station & Service AG y DB Bahnbau Gruppe GmbH*) demandaron por daños anticompetitivos a varias empresas alemanas, austriacas y checas fabricantes de raíles, traviesas y agujas ferroviarias, que habían participado en el denominado *cártel de las vías (Schienekartell)*. El OLG Hamm tenía que resolver fundamental, aunque no exclusivamente, la graduación de los daños; es decir, qué parte de la responsabilidad por los daños causados le correspondía a cada uno de los fabricantes demandados. Pero, para ello, necesitaba tener competencia internacional (*internationale Zuständigkeit*). Las empresas austriacas y checas, apoyándose en la STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, consideraron que las demandas no estaban suficientemente relacionadas y que, por consiguiente, el tri-

JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 289.

³⁴¹ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 289.

³⁴² G. MÄSCH, "Vitamine für Kartellopfer - Forum shopping im europäischen Kartelldeliktsrecht", *IPRax*, 2005, pp. 509-516 (p. 510); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 289.

³⁴³ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 289.

³⁴⁴ F. BRANDES, *Der gemeinsame Gerichtsstand: die Zuständigkeit im europäischen Mehrparteienprozeß nach Art. 6 Nr. 1 EuGVÜ/LÜ*, Frankfurt am Main, Lang, 1998, pp. 23-24; E.R. GEIER, *Die Streitgenossenschaft im internationalen Verhältnis*, Bern, Stuttgart, Wien, Haupt, 2005, pp. 31-32; P. LANGE, "Der internationale Gerichtsstand der Streitgenossenschaft im Kennzeichenrecht im Lichte der 'Roche/Primus'-Entscheidung des EuGH", *GRUR*, 2007, pp. 107-114 (p. 109); G. MÄSCH, "Vitamine für Kartellopfer - Forum shopping im europäischen Kartelldeliktsrecht", *IPRax*, 2005, pp. 509-516 (pp. 510-511); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 289-290.

bunal alemán no era competente. Dicho con otros términos, cuatro de las empresas cartelistas (las que tenían su sede en Alemania) podían ser demandadas en virtud del art. 4.1 RB I-bis; mientras que tres empresas cartelistas (las que tenían su sede en Austria o Chequia) negaban que se les pudiera aplicar el art. 8.1 RB I-bis e impugnaban, por tanto, la competencia internacional de los tribunales alemanes. Solución → El OLG desestimó esta objeción. Se basó en el hecho de que las demandas eran tan semejantes que, si se obligaba a las supuestas víctimas de los daños anticompetitivos a litigar ante tribunales de distintos Estados, existiría el riesgo de que se dictasen decisiones contradictorias: “*Es entspricht mithin auch Sinn und Zweck von Art. 8 Nr. 1 EuGVVO, die möglichen widersprechenden Entscheidungen zu vermeiden, indem ein einheitlicher Gerichtsstand für die Klagen gegen alle Beklagten eröffnet wird. / Die Gefahr widersprechender Entscheidungen droht auch bei der gleichen Sach- und Rechtslage. Dem steht entgegen der Auffassung der Beklagten zu 3 nicht entgegen, dass die Kartellmütter nicht unmittelbar an den Kartellabsprachen beteiligt waren und die Gesamtschuld ihnen gegenüber möglicherweise im Wege der Zurechnung den anderen Beklagten zu begründen wäre. Zum einen werden die Beklagten zu 3 und 7 wie alle anderen Beklagten von der Klägerin aus derselben Rechtsgrundlage wie die anderen Beklagten, nämlich § 426 Abs. 1 S. 1 bzw. § 426 Abs. 1 S. 2 BGB in Anspruch genommen, zum anderen setzt die Anwendbarkeit von Art. 8 Nr. 1 EuGVVO schon nicht voraus, dass die Klagen auf identischen Rechtsgrundlagen beruhen müssen, sofern für die Beklagten vorhersehbar war, dass sie in dem Land verklagt werden können, in dem mindestens einer von ihnen seinen Sitz hat (EuGH, Urt. v. 11.10.2007 - C 98/06, BeckRS 2007, 70802, Tz. 47; BGH, Beschl. v. 30.11.2009 – II ZR 55/09, BeckRS 2010, 03138, Rn. 4). Es war für die Beklagten zu 3 und 7 als Konzernmütter durchaus vorhersehbar, dass sie an dem allgemeinen Gerichtsstand ihrer Konzerntöchter für eigenes oder zurechenbares wettbewerbswidriges Verhalten ihrer im Konzern stehenden Töchter in Anspruch genommen werden könnten. Ebenso war für die Beklagte zu 4 als Kartellbeteiligter vorhersehbar, dass sie auch für alle Schäden – nicht nur für die aus eigenen Lieferungen, sondern auch die aus den Lieferungen von Mitkartellanten und auch Dritter - ggfs. an den Gerichtsständen der anderen Kartellanten verklagt werden könnte” (Auto OLG Hamm 1 diciembre 2016, 32 SA 43/16, ECLI:DE:OLGHAM:2016:1201.32SA43.16.00).*

168. ➤ *Caso 2. Conexidad en el cártel de los cables de alta tensión: Vattenfall (2018).* La Comisión Europea sancionó a 26 personas jurídicas fabricantes de cables de alta tensión por infringir el art. 101 TFUE y, en concreto, por su participación en un cartel ilegal de reparto de clientes y mercados, casi a escala mundial, entre 1999 y 2009 (Resumen Dec.Com. 2 abril 2014, Asunto AT.39610, *Cables de energía*, DO C 319 de 17 septiembre 2014). En 2017, un cliente del cártel, Vattenfall, que suministraba electricidad en varios países europeos entre los que se encontraba el Reino Unido, presentó una demanda, reclamando daños y perjuicios (por un valor aproximado de 36 millones de euros más el interés compuesto) a Prysmian y NKT, dos de las empresas sancionadas por la Comisión Europea. Estas últimas interpusieron una declinatoria de jurisdicción ante los tribunales ingleses. Solución → La *High Court*, sin embargo, rechazó la declinatoria internacional y se declaró competente en virtud de los arts. 4 y 8.1 RB I-bis: Según la *High Court*, las demandas contra las empresas no domiciliadas en el Reino Unido estaban estrechamente conectadas con las demandas contra las empresas filiales domiciliadas en suelo británico.

La sentencia de la *High Court* de Londres en *Vattenfall v. Prysmian* se caracteriza por las siguientes notas:

- 1ª) Exige un *nivel de vinculación muy bajo*, como requisito para que los tribunales ingleses se declaren competentes en las reclamaciones por daños derivados de cárteles internacionales sancionados por la Comisión Europea.
- 2ª) Sigue una *línea jurisprudencial* que, en repetidas ocasiones, ha proclamado la jurisdicción de los tribunales ingleses, basándose en el domicilio de empresas domiciliadas en el Reino Unido (de ordinario, filiales) que no son destinatarias de una decisión de la Comisión Europea sancionadora de un cártel. No obstante, una filial que no ha sido sancionada puede ser utilizada para “anclar” reclamaciones en Inglaterra contra empresas no domiciliadas en el Reino Unido que sí son destinatarias de una decisión condenatoria del cártel por parte de la Comisión.
- 3ª) Dicha línea jurisprudencial, justifica la demanda inicial por daños contra la filial en el Reino

Unido, como ancla y fundamento de la jurisdicción inglesa, en virtud del *conocimiento y participación* de aquélla en la práctica anticompetitiva: “*For a defendant to be liable for a cartel damages claim it appears that it must have implemented the cartel with knowledge of it [...]*”³⁴⁵.

Ahora bien, conviene no llamarse a engaño. Los tribunales ingleses son poco exigentes a la hora de verificar estas *dos condiciones*:

- a) Por lo que respecta al conocimiento (*knowledge*), se exige un nivel de conocimiento relativamente bajo: El demandante (Vattenfall) no tiene que probar que el demandado ancla tenía conocimiento real del cartel. En determinadas circunstancias, se puede atribuir conocimiento al demandado, cuando forma parte del mismo grupo (*ad ex.*, como destinatario de la decisión sancionadora).
- b) Por lo que respecta a la implementación del cártel (*implementation*), basta con que la filial en Reino Unido venda productos objeto del cártel³⁴⁶. Además, para facilitar la competencia internacional de sus propios tribunales, esta jurisprudencia: 1º) Proclama que no existe una *regla de minimis*: No existe un mínimo de ventas del producto cartelizado a través del demandado ancla³⁴⁷. En este caso, Prysmian UK habría vendido cables por un valor de unas 8.000 libras esterlinas. 2º) Define define el *tipo de actividades que pueden constituir implementación*:
 - a) *Ventas indirectas* del demandado ancla a través de otros demandados (inclusive una de las empresas cartelistas).
 - b) Empleados del demandado ancla involucrados en *actividades comerciales que entren dentro del ámbito del cártel*, tales como ventas, ingeniería, diseño de los productos o servicios relevantes y asesoramiento legal sobre los proyectos de cables de alta tensión en el Reino Unido.
 - c) Nombramiento del demandado ancla como *representante fiscal o persona de contacto a efectos fiscales* en el Reino Unido de uno de los cartelistas.
 - d) *Actuación del demandado ancla frente a clientes en nombre de otras empresas del grupo*, por ejemplo, con actividades de marketing, captación de clientes, soporte administrativo en relación a productos y servicios afectados por el cártel (sentencia HC 17-000682 de la High Court de Londres 2 julio 2018, *Vattenfall vs. Prysmian, NKT y otros*, [2018] EWHC 1694 [Ch.]).

7. Otras cuestiones procedimentales

A) Las “demandas torpedo”

a) Las “torpedo actions”. Regulación general

169. El art. 29 RB I-bis permite el ejercicio de las llamadas “*torpedo actions*”, “*action torpille*”, “*Torpedoklagen*”³⁴⁸. Varios aspectos relativos a estas acciones deben ser analizados:

³⁴⁵ [2018] EWHC 1694 (Ch.), § 53.

³⁴⁶ [2018] EWHC 1694 (Ch.), § 54.

³⁴⁷ [2018] EWHC 1694 (Ch.), § 65.

³⁴⁸ *Vid., ad ex.*, P. ARNT NIELSEN, “The end of torpedo actions?”, en F. FERRARI/F. RAGNO (Ed.), *Cross-border litigation in Europe: the Brussels I Recast Regulation as a panacea?*, Padova, CEDAM, 2015, pp. 153-169; S. BEESTON/A. RUTTEN, “The Dutch torpedo case: a new dimension to forum shopping in cartel damages”, *Competition Law Insight*, 14, 10, 2015, pp. 14-15; P.-A. BRAND, “Deliktsschadensersatz und Torpedo-Klagen: ein Beitrag zum Prioritätsprinzip nach Art. 29 Abs. 1 EuGVVO am Beispiel des Kartellschadensersatzes”, *IPRax*, 36, 4, 2016, pp. 314-318; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 493-498 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ); W. EBERL, “Obligatorische Schlichtungsverfahren und Anrufung des Gerichts gemäß Art. 32 Abs. 1 EuGVVO: Priorität oder Türöffner für Torpedo”, en *Fairness Justice Equity: Festschrift für Reinhold Geimer zum 80. Geburtstag*, München, Beck, 2017, pp. 57-65; R. FENTIMAN, “Introduction to Articles 29-30”, en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI (Eds.), *Brussels Ibis Regulation*, Köln, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 2016, pp. 713-725 (pp. 719-721); B. HEIDERHOFF, “Neues zum gleichen Streitgegenstand im Sinne des Art. 27 EuGVVO”, *IPRax*, 2011, pp. 288-292 (p. 290); C. KERSTING/S. KLEINE, “Der Schutz von Schiedsverfahren gegen Italian Torpedos”, en *Festschrift für Siegfried H.*

- 1º) *Concepto*. Se denominan “*Torpedo Actions*” (“acciones torpedo”) las acciones procesales que inicia una parte ante un litigio inminente, pero con el objeto de situar el proceso ante un tribunal de un Estado caracterizado por la lentitud del procedimiento. Con estas acciones, el proceso se torpedea y queda empantanado ante el tribunal de un Estado y, como se trata de los tribunales que han entrado en primer lugar en el conocimiento del caso (art. 29 RB I-bis), ello impide que otros tribunales de otros Estados miembros puedan entrar a conocer del asunto, incluso aunque tales tribunales dispongan de un foro de competencia al efecto o hayan sido elegidos como tribunales competentes por las partes en virtud de un pacto de sumisión (P.A. NIELSEN/O. LANDO). Estas *acciones torpedo*, de origen alemán, son características de los procesos judiciales por vulneración de patentes, marcas y otros derechos de propiedad industrial.
- 2º) *Ejemplos*. Algunos ejemplos pueden ser útiles para comprender la dinámica de esta estrategia de litigación internacional. *Ejemplo 1*: el sujeto que sabe que va a ser demandado ante tribunales de un Estado miembro por haber vulnerado una patente, se apresura y ejercita una acción de “declaración de inexistencia de infracción de la patente” ante los tribunales de otro Estado miembro, tribunales que pueden ser perfectamente incompetentes para conocer de la cuestión. *Ejemplo 2*: una sociedad alemana demandó ante jueces italianos a otra sociedad alemana para que tales jueces declararan que dicho demandante no había utilizado de modo ilícito la marca “Haus & Grund”, que pertenecía a la sociedad demandada. Posteriormente, esta sociedad presentó demanda por vulneración de su marca ante tribunales alemanes. Éstos no pueden conocer hasta que los jueces italianos decidan sobre su competencia (art. 29 RB I-bis). El tribunal italiano se declaró internacionalmente incompetente, pues el domicilio del demandado estaba en Alemania y todos los actos de presunta no-vulneración de la marca habían tenido lugar en Alemania. Pero hasta dicho momento, el procedimiento ante los jueces alemanes permaneció “suspendido”³⁴⁹.
- 3º) *La presunta existencia de mala fe procesal / abuso de derecho*. El demandante que ejercita la *Torpedo Action* sabe perfectamente que los tribunales ante los que ha ejercitado su acción pueden tardar años en resolver el caso y en declararse incompetentes (“*Italian Torpedo Actions*”). Pero sabe también que, mientras tanto, los demás tribunales de los demás Estados

Elsing zum 65. Geburtstag, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, dfv Mediengruppe, 2015, pp. 217-233; M. KLÖPFER, “Die Zukunft der Torpedoklage im europäischen Zivilverfahrensrecht”, *Jahrbuch für italienisches Recht*, 28, 2016, pp. 165-185; M. LEITZEN, “Comeback des ‘Torpedo?’”, *GRUR Int.*, 2004, pp. 1010-1015; U. MAGNUS, “Gerichtsstandsvereinbarungen unter der reformierten EuGVO”, en WITZLEB/R. ELLGER/P. MANKOWSKI/H. MERKT/O. REMIEN (HRSG.), *Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck Verlag, 2014, pp. 785-802 (pp. 785-786); P. MANKOWSKI, “Kurzkommentar zu EuGH 19.12.2003 – Rs. C-116/02 (Slg. 2003, I- 14693)”, en *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2004, pp. 439-440; F.M. MORETTI/L. NASCIBENE, “No scent of ‘torpedo’”, *G.C.L.R.*, 2, 2, 2009, pp. 67-73; A. NIEROBA, *Die europäische Rechtshängigkeit nach der EuGVVO an der Schnittstelle zum nationalen Zivilprozessrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006, pp. 144-145; B. NUNNER-KRAUTGASSER, “Die neue Regelung der ausschliesslichen Gerichtsstandsvereinbarungen in der EuGVVO”, *ZJP*, 127, 2014, pp. 461-482 (pp. 464-466); C. NYOMBI/M.O. DICKSON, “Tactical litigation in the post-recast Brussels Regulation era”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 38, 10, 2017, pp. 457-469; C. NYOMBI/M.O. DICKSON, “Replacing lis pendens with forum non conveniens: a viable solution to tactical litigation in the EU?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 38, 11, 2017, pp. 491-500; J. PITZ, “Torpedos unter Beschuss”, *GRUR Int.*, 2001, pp. 32-37; H. RÜSSMANN, “Negative Feststellungsklage und Leistungsklage sowie der Zeitpunkt der endgültigen Rechtshängigkeit im Rahmen des EuGVÜ”, *IPRax*, 1995, pp. 76-80; F. SANDER/S. BRESSLER, “Das Dilemma mitgliedstaatlicher Rechtsgleichheit und unterschiedlicher Rechtsschutzstandards in der Europäischen Union”, *ZJP*, 122, 2009, pp. 157-185; A. STADLER, “Schadensersatzklagen im Kartellrecht: Forum Shopping welcome!: zugleich Besprechung von EuGH, Urteil v. 21.5.2015, C-352/13”, *JZ*, 70, 23, 2015, pp. 1138-1149; J. SUDEROW, “Cuestiones de jurisdicción internacional en torno a la aplicación privada del Derecho antitrust: *Forum shopping* y ‘demandas torpedo’”, *CDT*, 2, 2, 2010, pp. 315-331; Id., “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?”, *CDT*, 5, 1, 2013, pp. 184-198; B. SUJECKI, “Torpedoklagen im europäischen Binnenmarkt”, *GRUR Int.*, 2012, pp. 18-23; K. THORN/P. PAFFHAUSEN, “Parallelverfahren nach der Brüssel Ia - VO, oder, ‘Wie man einen Torpedo entschärft’”, en *Trierer Festschrift für Walter F. Lindacher zum 80. Geburtstag*, München, Beck, 2017, pp. 405-429; H. WAIS, “Die Stärkung von Gerichtsstandsvereinbarungen in der Neufassung der EuGVO”, *GPR*, 12, 2015, pp. 142-148; Id., “Einseitige Gerichtsstandsvereinbarungen und die Schranken der Parteiautonomie”, *RabelsZ*, 81, 4, 2017, pp. 815-857; C. WOLF, “Rechtshängigkeit und Verfahrenskonnexität nach EuGVÜ”, *EuZW*, 1995, pp. 365-367; W. WURMNEST, “Forum Shopping bei Kartellschadensersatzklagen und die Kartellschadensersatzrichtlinie”, *NZKart*, 5, 1, 2017, pp. 2-10.

³⁴⁹ Ord.Cass Italia 8 junio 2011, *RDIPP*, 2012, p.420.

miembros no pueden conocer del asunto hasta que el lento tribunal ante el que se interpuso la primera demanda resuelva sobre su competencia. La “acción torpedo” consigue paralizar la Justicia. Cierta doctrina ha sostenido que el art. 29 RB I-bis no debe poder utilizarse si la acción que se ejercita en primer lugar es una *Torpedo Action*, por evidente mala fe procesal del demandante. No obstante, ni la jurisprudencia del TJUE ni el legislador europeo han acogido esta tesis que impediría utilizar la excepción de litispendencia recogida en el art. 29 RB I-bis en caso de presunta mala fe procesal del primer demandante.

- 4º) *La respuesta del TJUE y el art. 29 RB I-bis*. Sin embargo, el TJUE ha indicado todo lo contrario. Según el TJUE, el art. 29 RB I-bis resuelve la litispendencia en favor del tribunal que conoce en primer lugar, y no exige que la primera demanda se haya interpuesto ante un tribunal “rápido” o “lento”: eso es indiferente. Y además, el TJUE subraya que el art. 29 RB I-bis reposa sobre el buen hacer de los tribunales de todos los Estados miembros, de modo que impedir las *Torpedo Actions* supondría un “juicio negativo” contra la administración de Justicia de un Estado miembro, lo que no encaja con el principio de confianza entre los Estados miembros que yace en la base del Reglamento Bruselas I-bis³⁵⁰. Resultado: el art. 29 RB I-bis permite, bendice y santifica las *torpedo actions* y así lo ha subrayado el TJUE.

b) La reacción del legislador europeo (2012) contra las “torpedo actions” (art. 31.2-4 RB I-bis)

170. Las *torpedo actions* resultan particularmente dañinas en los casos en los que las partes habían elegido un tribunal competente para futuros y eventuales litigios en virtud del art. 25 RB I-bis y, sin embargo, una parte, con total desprecio del acuerdo de sumisión que ella misma ha firmado, presenta su demanda ante tribunales de otro Estado miembro, muy probablemente con conciencia de que así está vulnerando el acuerdo atributivo de competencia firmado por ella. Se presenta la demanda ante tribunales que carecen de competencia judicial internacional para conocer del caso pero particularmente lentos en declarar su falta de competencia judicial internacional sobre el litigio en cuestión. Y todo ello con propósitos claramente dilatorios. Pues bien, para evitar tales comportamientos, el art. 31.2 RB I-bis, -precepto de nueva creación, antes inexistente en el Reglamento Bruselas I (2000)-, no condena de manera general las *torpedo actions* (A. NUYTS). Sin embargo, dicho art. 31.2 RB I-bis sí que contiene una contramedida (*countermeasure*) para luchar contra las *torpedo actions*.

a’) La solución de la “preferencia cognitiva” del tribunal designado por un acuerdo atributivo de competencia

171. Esta solución se contiene en el art. 31.2 RB I-bis y exige un enfoque analítico:

- 1º) *La preferencia cognitiva*. Dispone el art. 31.2 RB I-bis que, en el caso de que se presente una demanda ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que tenga competencia exclusiva en virtud de un acuerdo contemplado en el art. 25 RB I-bis, cualquier órgano jurisdiccional de otro Estado miembro suspenderá el procedimiento hasta que el órgano jurisdiccional ante el que se presentó la demanda en virtud del acuerdo de que se trate se declare incompetente con arreglo al acuerdo. Esto es, el tribunal designado por las partes en virtud de un acuerdo de sumisión goza de “preferencia cognitiva” frente al tribunal al que ha acudido una de las partes y que conoce de la primera demanda. En el caso de que el tribunal designado en el acuerdo de sumisión se declare competente en virtud de dicho acuerdo, los tribunales de los demás Estados

³⁵⁰ STJCE 8 diciembre 1987, C-144/86, *Gubisch Maschinenfabrik/Palumbo*, ECLI:EU:C:1987:528; STJCE 27 junio 1991, C-351/89, *Overseas Union Insurance Ltd y otros/New Hampshire Insurance Company*, ECLI:EU:C:1991:279; STJCE 6 diciembre 1994, C-406/92, *Tatry/Maciej Rataj*, ECLI:EU:C:1994:400; STJCE 9 diciembre 2003, C-116/02, *Gasser*, ECLI:EU:C:2003:657, §§ 52-54; STJCE 27 abril 2004, C-159/02, *Turner*, ECLI:EU:C:2004:228, § 30; STJCE 14 octubre 2004, C-39/02, *Maersk Olie & Gas*, ECLI:EU:C:2004:615. *Vid.*, *ad ex.*, también sentencia OLG Hamm 3 diciembre 1993, *IPRax*, 1995, p. 104 (pp. 107 y 108); sentencia BGH 11 diciembre 1996, *BGHZ*, 134, p. 201 (p. 211); sentencia BGH 6 febrero 2002, *RIW*, 2002, p. 393 (p. 394); sentencia OGH 5 agosto 2009, *IPRax*, 2011, p. 277 (p. 279); sentencia OGH 15 julio 2011, *ZfRV*, 2011, p. 268.

- miembros deberán abstenerse en favor de aquél (art. 31.2 RB I-bis). En este supuesto, la litispendencia europea no se resuelve en favor del tribunal ante el que se presenta la demanda en primer lugar, sino en favor del tribunal que ha sido válidamente elegido por las partes (art. 25 RB I-bis). Es decir: “tribunal prorrogado” prevalece sobre “tribunal *prior tempore*”. El tribunal designado por el acuerdo de sumisión conoce del asunto con independencia de que el tribunal no designado ya se haya pronunciado o no sobre la suspensión del procedimiento (Cons. [22] RB I-bis). Esta solución refuerza la previsibilidad del tribunal competente y por ello, la seguridad jurídica preventiva (F. CADET). Con ello, además, se evita la situación que se presentó en la STJCE 9 diciembre 2003, C-116/02, *Gasser*, ECLI:EU:C:2003:657, § 51: una parte que había firmado un acuerdo de sumisión presentó su demanda ante un tribunal distinto del señalado en dicho acuerdo para, así, ganar tiempo hasta que tal tribunal se pronunciara sobre su competencia judicial internacional y bloquear, de tal manera, la efectividad del acuerdo de sumisión.
- 2º) *Requisito mínimo exigido por el art. 31.2 RB I-bis*. Es claro que para que el tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda pueda suspender el procedimiento, es preciso que dicho tribunal tenga constancia de la existencia de una cláusula de sumisión en favor de tribunales de otro Estado miembro. No parece oportuno exigir que el tribunal ante el que ha acudido el demandante tenga que comprobar la validez de la cláusula de sumisión. Es suficiente con que el tribunal acredite la existencia de la cláusula mediante la *exhibición externa* de dicha cláusula o un *principio de prueba* de la misma. Una mera afirmación de demandante en el sentido de que “existe una cláusula de sumisión en favor de otro tribunal de otro Estado miembro” es insuficiente A. NUYTS, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ/S. SÁNCHEZ FERNÁNDEZ).
- 3º) *Objetivos del art. 31.2 RB I-bis*. Con esta regulación se alcanzan varios objetivos (Cons. [22] RB I-bis): (a) Se mejora la eficacia de los acuerdos exclusivos de elección de foro, pues tales acuerdos, si existen, impiden una *torpedo action* ejercitada ante tribunales de un Estado miembro distintos a los tribunales elegidos; (b) Se evitan las prácticas litigiosas abusivas, es decir las que abusan y sobreexplotan el derecho a la acción para dilatar el proceso y dilatar la precisión del tribunal competente
- 4º) *Límites operativos de la solución de la preferencia cognitiva del tribunal designado por el acuerdo de sumisión*. La solución recogida en el art. 31.2 RB I-bis no es aplicable en estos supuestos:

Primero. Situaciones en las que las partes hayan celebrado acuerdos exclusivos de elección de foro que resulten ser contradictorios. Si existen varios acuerdos válidos de elección de foro, resultaría que si se aplicara el art. 31.2 RB I-bis, el precepto no conduciría a la preferencia cognitiva de “un” tribunal elegido. Por ello, en estos casos, el art. 31.2 RB I-bis no es aplicable (Cons. [22] RB I-bis).

Segundo. Cuando la demanda se ha interpuesto en primer lugar ante un órgano jurisdiccional designado en un acuerdo exclusivo de elección de foro (Cons. [22] RB I-bis). En tal caso, la solución general a la litispendencia opera ya en favor de la preferencia cognitiva del tribunal designado por las partes y no es preciso corregir esta regla general (art. 31.1 RB I-bis) con la regla especial (art. 31.2 RB I-bis).

Tercero. Naturalmente, si no existe ningún acuerdo válido de elección de tribunal competente, pero se verifica una situación de litispendencia intraeuropea, es aplicable la solución general (art. 31.1 RB I-bis) y son perfectamente posibles las *torpedo actions*.

Cuarto. Para que se active el art. 31.2 RB I-bis es preciso que el acuerdo de sumisión invocado otorgue una “competencia judicial internacional exclusiva”. Es decir, si el acuerdo de sumisión ofrece a las partes la posibilidad alternativa de presentar su demanda ante tribunales de diferentes Estados miembros, el acuerdo de sumisión no es “exclusivo”. En tal caso, el art. 31.2 RB I-bis no es aplicable.

b') Otros datos sobre la litispendencia inter-europea**172.** Diversos aspectos particulares deben subrayarse:

- 1º) *Litispendencia invocada de oficio y a instancia de parte.* La situación de litispendencia se hará valer normalmente a instancia de parte, pues es muy posible que el tribunal no conozca la pendencia de otro proceso ante un tribunal de otro Estado miembro (art. 421 LEC en el caso español). Pero nada impide que el tribunal pueda apreciar de oficio la litispendencia, ante el silencio del Reglamento al respecto.
- 2º) *Coordinación judicial de la situación de litispendencia intraeuropea.* Indica el art. 29.2 RB I-bis que en los casos contemplados en el art. 29.1 RB I-bis, a instancia de un órgano jurisdiccional al que se haya sometido el litigio, cualquier otro órgano jurisdiccional al que se haya sometido el litigio informará sin demora al primero de la fecha en que se interpuso la demanda de conformidad con lo dispuesto en el art. 32 RB I-bis.
- 3º) *Definición de asunto "pendiente".* Se considera que un asunto está "pendiente" ante un tribunal, esto es, que un tribunal "conoce de un litigio" (art. 32 RB I-bis): a) desde el momento en que se le presente el escrito de demanda o documento equivalente, a condición de que posteriormente el demandante no deje de tomar todas las medidas que se le exijan para que se entregue al demandado la cédula de emplazamiento, o b) si dicho documento ha de notificarse al demandado antes de su presentación al órgano jurisdiccional, en el momento en que lo reciba la autoridad encargada de la notificación, a condición de que posteriormente el demandante no deje de tomar todas las medidas que se le exijan para presentar el documento al órgano jurisdiccional. La autoridad encargada de la notificación a que se refiere la letra b) será la primera autoridad que reciba los documentos que deban notificarse. Por otro lado, los órganos jurisdiccionales o las autoridades encargadas de la notificación, a que se refiere el art. 32.1 RB I-bis, consignarán, respectivamente, la fecha de presentación del escrito de demanda o documento equivalente o la fecha de recepción de los documentos que deban notificarse. Este art. 32 RB I-bis recoge, pues, una noción propia de "pendencia de la Litis" a efectos del Reglamento Bruselas I-bis. No debe acudir, pues, a la Ley del Estado ante cuyos tribunales se presenta la demanda³⁵¹. Un procedimiento ya archivado pero que parece que puede reabrirse con arreglo a las Leyes procesales de dicho Estado no provoca "litispendencia europea"³⁵². La STJUE 22 octubre 2015, C-523/14, *Aannemingsbedrijf*, ha indicado que una demanda ha sido formulada, a los efectos de la litispendencia europea, cuando se ha presentado una denuncia con personación como actor civil ante un juez de instrucción, aunque no se haya completado todavía la fase de instrucción del asunto controvertido.

173. ➤ *Caso 1. Litispendencia intra-UE.* Una demanda con identidad de objeto, partes y causa, se halla pendiente ante un juez belga desde el 1 enero 2016 y también ante un juez español desde el 1 febrero 2016. Se discute sobre el tribunal o tribunales que deben conocer y/o abstenerse del caso. Solución → El juez español debe, de oficio suspender el procedimiento a la espera de saber si el juez belga (= tribunal *prior tempore*) se declara competente. Si es así, tendrá garantías de que el juez belga dictará una sentencia susceptible de surtir efectos en España, por lo que se inhibirá en favor del juez belga y se evitará un doble proceso en Bélgica y España.

174. ➤ *Caso 2. Torpedo Action y espacio judicial europeo.* Una empresa con sede social en Hamburgo firma un contrato de venta con una empresa con sede social en Madrid, a ejecutar en Francia. Posteriormente surgen ciertos problemas entre ambas empresas, que se acusan mutuamente de haber incumplido el contrato. Se discute qué empresa puede demandar antes y ante qué tribunales. Solución → Ambas empresas se sienten tentadas a demandar con rapidez porque, de ese modo, determinan el tribunal

³⁵¹ STJCE 7 junio 1984, C-56/79, *Zelger/Salinitri*, ECLI:EU:C:1980:15 (regla *Lex Fori*, válida exclusivamente para el viejo Convenio de Bruselas de 1968).

³⁵² SAP Tarragona 5 marzo 2012 (litispendencia internacional y proceso pendiente en Francia) [CENDOJ 43148370032012100079].

que conocerá del caso (art. 29 RB I-bis). Si la empresa con sede en Hamburgo demanda a la empresa con sede social en Madrid ante los tribunales españoles con arreglo al art. 4 RB I-bis, hará que sean éstos los competentes. La empresa con sede social en Madrid, siente un profundo temor a ser demandada, por lo que puede considerar la posibilidad de demandar primero a la empresa con sede social en Hamburgo ante los tribunales franceses, que son competentes en virtud del art. 7.1 RB I-bis. Por ello, la solución a la litispendencia intra-europea, contenida en el art. 29.3 RB I-bis, en vez de incitar al arreglo extrajudicial del conflicto, potencia la litigiosidad

175. ➤ *Caso 3. Litispendencia intra-UE.* Dos empresas litigan por el presunto incumplimiento de un contrato internacional de concesión mercantil que carece de pacto de elección de tribunal competente. La empresa con sede social en Viena alega que el contrato es nulo por falta de consentimiento. La empresa con sede social en Valencia precisa que el mismo contrato es anulable por haberlo así pactado las partes. La primera demanda está pendiente ante los tribunales austríacos. La segunda se interpuso ante los tribunales españoles. Es preciso determinar qué tribunal va a conocer del asunto con preferencia. Solución → Según el TJUE, aunque el objeto de los litigios no es idéntico, existe identidad de objeto en sentido europeo, por lo que se trata de un caso de litispendencia y no de conexidad. Los tribunales españoles deben, de oficio, suspender el procedimiento a la espera de saber si los tribunales austríacos se declaran competentes. Si éstos efectivamente se declaran competentes, existirán garantías de que la sentencia austríaca podrá desplegar efectos en España, por lo que los tribunales españoles se inhibirán en favor de los tribunales austríacos. Se evita así un doble proceso en Austria y España.

176. ➤ *Caso 4. Torpedo Action y espacio judicial europeo.* Una empresa española concede una licencia de patente a una empresa italiana para que la explote en Francia y Luxemburgo. La empresa italiana infringe la licencia de patente y la explota también en Suiza y Alemania. La empresa italiana, viendo venir que la empresa española la va a demandar ante tribunales franceses, interpone primero, ante tribunales italianos, una demanda en al que ejercita una acción declarativa negativa por la que insta al tribunal que declare la falta de infracción de la patente por su parte. Se discute qué tribunales van a conocer del asunto. Solución → La empresa italiana interpone su demanda ante tribunales italianos porque sabe que éstos son extraordinariamente lentos. Pueden pasar años antes de que el tribunal italiano decida si es o no es competente para conocer del litigio. Mientras tanto, la empresa italiana ha conseguido “bloquear” la competencia de los tribunales de cualquier otro Estado miembro, que no pueden conocer del pleito hasta que los tribunales italianos decidan sobre su competencia. La empresa italiana ha empleado una “*Torpedo Action*”, permitida por el art. 29 RB I-bis y por el TJUE. La empresa italiana acude ante un tribunal que se va a declarar incompetente pero que, como tardará años en hacerlo, impide, mientras tanto, todo proceso ante los tribunales competentes de los demás Estados miembros. La “*contramedita*” recogida en el art. 31.2 RB I-bis para luchar contra las *torpedo actions* no es aplicable en este caso, pues no existe ningún “acuerdo atributivo de competencia” pactado por las partes.

177. ➤ *Caso 5. Torpedo Action y contramedidas europeas.* La empresa portuguesa (PORT) firma un contrato de licencia de *copyright* con el conjunto español de *rock 'n' roll* (ESP) para poder fabricar sus discos en Portugal. El contrato contiene una cláusula en cuya virtud, en caso de controversia, serán únicamente competentes los tribunales españoles. Expirado el contrato, la empresa PORT continúa explotando el *copyright* y vendiendo los discos de ESP en Portugal. Antes las protestas de ESP, y viendo venir que va a ser demandada ante los tribunales españoles, PORT presenta una demanda declarativa negativa ante los tribunales de Portugal, en la que insta a éstos que declaren la falta de vulneración, por parte de PORT, del *copyright* de los discos de ESP. Presentada esta demanda ante los tribunales de Portugal, los abogados de ESP presentan una demanda por vulneración del *copyright* ante los tribunales de Madrid. ¿Qué tribunales conocerán del caso? Solución → Existe un doble proceso y una situación de litispendencia europea al presentar ambos procesos una clara identidad de partes, objeto y causa. Con arreglo al art. 31.2 RB I-bis, y aunque la demanda se ha interpuesto en primer lugar ante los tribunales portugueses, y posteriormente ante los tribunales de Madrid, los tribunales portugueses deberán suspender el procedimiento hasta que el tribunal español, que había sido elegido como competente por

las partes en virtud de un acuerdo atributivo de competencia, se declare competente o incompetente con arreglo al acuerdo de sumisión *inter partes*. Si el tribunal de Madrid se declara competente en virtud de dicho acuerdo de sumisión, entonces el tribunal portugués deberá abstenerse en favor del tribunal de Madrid. El *forum prorrogatum* vence al *forum prior tempore* (art. 31.3 RB I-bis).

B) La legitimación procesal

a) Legitimación y titularidad del derecho subjetivo

178. La idoneidad para intervenir en un concreto proceso como parte demandante (= “legitimación procesal activa”), o como parte demandada (= “legitimación pasiva”), se rige por la Ley que regula el fondo del litigio (*Lex Causae*)³⁵³.

La legitimación que regula actualmente el art. 10 LEC española es la antes llamada “legitimación *ad causam*”³⁵⁴. Desde el punto de vista del DIPr., la legitimación se rige por la Ley que regula el fondo del asunto. Sin embargo, esta afirmación exige subrayar varios aspectos al respecto

b) Justificación de la aplicación de la *Lex Causae*

179. Esta solución se explica por un motivo claro (J. FOYER). Existe una conexión muy estrecha entre la “titularidad del derecho subjetivo” y la “legitimación” (*legitimatío ad processum*). Por ello, la Ley que rige dicha “titularidad del derecho subjetivo” debe regular también la “legitimación”³⁵⁵. En caso contrario, se desnaturalizaría la Ley que rige el fondo del asunto. La aplicación de la *Lex Causae* a la legitimación opera tanto en casos de legitimación propia (= la acción se concede al titular del derecho subjetivo), como en casos de legitimación por sustitución (= la tutela judicial se otorga a personas que no son titulares del derecho subjetivo que con la acción pretenden obtener). Así, por ejemplo, en los pleitos de incapacitación, el círculo de personas legitimadas para solicitar dicha incapacitación judicial de una persona, es el que determine la Ley sustantiva reguladora de dicha incapacitación, que es, en el caso de incapaces mayores, la Ley de la residencia habitual del sujeto a incapacitar (art. 9.6 CC). Si dicho sujeto reside habitualmente en Francia, se aplicará a la cuestión el Derecho francés y no el art. 757 LEC, aplicable sólo cuando el Derecho español es aplicable a la incapacitación.

c) Excepciones puntuales en favor de la *Lex fori*

180. Es cierto, sin embargo, que ciertos tribunales han considerado que, en ciertos casos especiales, como aquéllos en los que se discuten “intereses difusos”, la legitimación debe regirse por la *Lex Fori*. Así lo estimó la sentencia del Tribunal de distrito de La Haya de 29 enero 2013 en el caso de una ONG neerlandesa llamada *Milieudefensie*, que demandó ante tribunales holandeses a varias empresas por daños producidos al medio ambiente como consecuencia de ciertos vertidos de petróleo en la región del Delta del Níger (caso *Shell-Nigeria*)³⁵⁶.

d) Legitimación de personas físicas que actúan por cuenta de personas jurídicas

181. La cuestión de saber si una concreta persona física puede ejercitar una acción en nombre de una persona jurídica se rige por la Ley aplicable a la persona jurídica en cuestión (art. 9.11.II CC)³⁵⁷.

³⁵³ STS 13 enero 2015 [ECLI:ES:TS:2015:181] (accidente aéreo en Alemania); SAP Las Palmas 3 septiembre 2014 (Derecho alemán); SAP Madrid 19 abril 2012 [CENDOJ 28079370202012100371] (accidente en Tanzania); STSJ Cataluña Social 22 junio 2009 (legitimación para reclamar indemnización laboral por parte de heredero); SAP Málaga 12 junio 2006.

³⁵⁴ STS 20 febrero 2006; STS 27 junio 2011; STS 11 noviembre 2011.

³⁵⁵ Con criterio ecléctico: STS 25 junio 2008 (testamento otorgado en Méjico); tampoco es muy clara la SAP Madrid 22 junio 2009 (herencia de causante mejicana).

³⁵⁶ *Vid., ad ex.*, L. ENNEKING, “The Future of Foreign Direct Liability? Exploring the International Relevance of the Dutch Shell Nigeria Case”, *Utrecht Law Review*, 10, 1, 2014, pp. 44-54.

³⁵⁷ STSJ Cont.-Admtvo País Vasco 10 abril 2006 [JUR 196064].

e) Representación de la persona

182. La cuestión de saber si una concreta persona física puede ejercitar una acción ante tribunales españoles en nombre de otra persona, es una cuestión de “representación”. El sujeto debe exhibir el poder correspondiente, que debe ajustarse a la Ley que lo rige (art. 10.11 CC), y cumplir con las exigencias de legalización o apostilla y traducción a idioma español³⁵⁸.

f) Tratamiento procesal de la legitimación

183. Este aspecto se rige por la *Lex Fori* (M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN, O. CACHARD). La Ley procesal española regulará la *necesidad* de acreditación de la legitimación y el *momento procesal* para ello. Aunque la legitimación constituye, sin duda, una cuestión perteneciente al fondo del asunto (*lex causae*), la legitimación opera como un presupuesto preliminar del proceso que debe examinarse con carácter previo al auténtico fondo del asunto³⁵⁹. Ello significa que la cuestión de la legitimación debe resolverse en la sentencia que solventa el fondo del asunto. Sin embargo, la cuestión de la legitimación debe resolverse de manera preliminar a todas las demás cuestiones de fondo. No se resuelve en la audiencia previa del juicio ordinario ni tampoco en la vista de los juicios verbales³⁶⁰. Debe recordarse que la legitimación no es una excepción procesal.

g) Legitimación activa

184. La *efectividad* del derecho al resarcimiento de todos los daños anticompetitivos requiere “una acción suficientemente abierta para la víctima”³⁶¹.

³⁵⁸ STSJ Cont.-Admto País Vasco 10 abril 2006 [JUR 196064].

³⁵⁹ STS 15 enero 2014 [CENDOJ 28079110012014100018]; STS 2 julio 2008 [CENDOJ 28079110012008100705]; STS 28 diciembre 2012 [CENDOJ 28079110012012100758].

³⁶⁰ STS 2 abril 2014 [CENDOJ 28079110012014100152]; STS 2 abril 2012 [CENDOJ 28079110012012100267]; STS 30 abril 2012 [CENDOJ 28079110012012100266]; STS 9 diciembre 2010 [CENDOJ 28079110012010100805].

³⁶¹ S. THIBAUT-LIGER, “La partie lésée et l’entité civilement responsable au sens de la directive sur les actions indemnitaires en droit de la concurrence”, en *Liber amicorum en l’honneur du professeur Joël Monéger*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 563. *Vid., ad ex.*, también J. BORNKAMM, “Wem stehen zivilrechtliche Ansprüche bei Kartellverstößen zu?”, en P. BEHRENS/M. HARTMANN-RÜPPEL/J. HERRLINGER (HRSG.), *Schadensersatzklagen gegen Kartellmitglieder*, Baden-Baden, 2010, pp. 51-64; M. BOTTA, “Commission acting as plaintiff in cases of private enforcement of EU competition law: Otis: case C-199/11, European Commission v. Otis NV and others, judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 6 November 2012”, *C.M.L.Rev.*, 50, 4, 2013, pp. 1105-1117; I. BRINKER/J. CHRISTOPH, “Von Crehan zu Manfredi: Grundlage eines kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs für ‘jedermann’?”, en I. BRINKER/D.H. SCHEUING/K. STOCKMANN (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München, 2006, pp. 69-80; D. CANAPA/P. HAGER, “Right to the European Union to claim compensation before a national court against the member of a cartel: case C-199/11 *Europese Gemeenschap v. OTIS NV and others*, judgment of 6 November 2012, not yet reported”, *M.J.*, 20, 1, 2013, pp. 113-119; L. COUTRON, “Concurrence et procès équitable: la Commission peut, elle aussi, demander réparation du préjudice causé par une entente qu’elle a constatée (CJUE gde ch., 6 nov. 2012, *Europese Gemeenschap, Communauté européenne, c/ Otis NV e.a.*, C-199/11)”, *Rev.trim.dr.eur.*, n° 2, 2013, pp. 316-320; L. CRAIG/D. LAWNE, “European private enforcement: the claimant’s perspective”, en I. KNABLE GOTTS (ED.), *The private competition enforcement review*, 8ª ed., London, Law Business Research, 2015, pp. 14-29; J. KESSLER, “Cui bono? Schadensersatzansprüche der Verbraucher im Kartellrecht”, *VuR*, 22, 2, 2007, pp. 41-47; Id., “Die europäische Richtlinie über Schadensersatz im Wettbewerbsrecht: cui bono?”, *VuR*, 30, 3, 2015, pp. 83-91; G. KLUMPE/T. THIEDE, “Kritische Bemerkungen zum derzeitigen Stand einer europäischen Kartellschadenrichtlinie aus Sicht der deutschen Praxis. Teil 1, Einführung, Aktiv- und Passivlegitimation, Schaden”, *ÖZK*, n° 4, 2016, pp. 137-143; J. MARCOS RAMOS/D. MUHEME, “The Brussels Court judgment in *Commission v elevators manufacturers*, or, The story of how the Commission lost an action for damages based on its own infringement decision”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 36, 9, 2015, pp. 384-390; G. MONTI, “Anticompetitive agreements: the innocent party’s right to damages”, *Eur.L.Rev.*, 27, 3, 2002, pp. 282-302; P. OUART, “Les victims”, en *Mélanges en l’honneur de Philippe Léger*, 2006, pp. 445-454; F. STANCKE, “Die Betroffenheit und Aktivlegitimation im Rahmen kartellrechtlicher Schadensersatzklagen”, *NZKart*, 5, 12, 2017, pp. 636-642; E.C. TUDOR, “Legitimación de la Comisión Europea para ejercitar acciones de daños por ilícitos anticompetitivos: sentencia del TJUE de 6 de noviembre de 2012, asunto *Europese Gemeenschap/Otis NV y otros*”, *RCD*, n° 12, 2013, pp. 231-139; D.A. ZETZSCHE, “‘Jedermann’ ist jedermann: zum Schadensersatz des Aktionärs einer durch Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung geschädigten AG: zugleich Besprechung von OLG Düsseldorf, Urt. v. 02.07.2014, VI U (Kart) 22/13, Telegate/Telekom”, *WuW*, 66, 2, 2016, pp. 65-70.

185. Está legitimada para interponer una acción por daños anticompetitivos cualquier *víctima* de éstos, con independencia de que se trate de una persona física o jurídica³⁶². La Directiva 2014/104/UE se refiere claramente a las *víctimas o perjudicados*, cuando señala que:

- “La presente Directiva establece determinadas normas necesarias para garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia por parte de una empresa o de una asociación de empresas pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio causado por la empresa o asociación [...]” (art. 1.1.).
- “A efectos de la presente Directiva se entenderá por: [...] 6) ‘parte perjudicada’: la persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia [...]” (art. 2).
- “Los Estados miembros velarán por que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia pueda reclamar y obtener pleno resarcimiento de dicho perjuicio” (art. 3.1).
- “[...] los Estados miembros velarán por que [...] el resarcimiento de daños y perjuicios pueda reclamarse del infractor cualquiera que los haya sufrido [...]” (art. 12.1).

186. Es habitual que las personas legitimadas para interponer una acción civil por daños anticompetitivos transfieran los créditos litigiosos a *terceros* para que éstos sean quienes efectivamente actúen ante los tribunales. Se trata de empresas (*ad ex.*, CDC) que valoran las posibilidades de éxito procesal y, en su caso, aceptan de las víctimas o de sus causahabientes la transferencia de tales derechos. A cambio, se quedan, en caso de victoria ante los tribunales, con una parte de la indemnización otorgada. La *cesión de créditos litigiosos* para el ejercicio de acciones colectivas por daños anticompetitivos no es, por sí misma, inmoral ni contraria al orden público³⁶³.

187. Dentro de la categoría de *víctimas* de un ilícito concurrencial (*der Kreis der Anspruchsberechtigten*), cabe distinguir distintos tipos:

a’) Los clientes directos

188. Los *clientes directos* de las empresas integrantes del cártel o de las responsables del abuso de posición dominante (*Unmittelbare Abnehmer des Rechtsverletzers*) están legitimados para interponer las acciones por daños anticompetitivos: “Las infracciones del Derecho de la competencia suelen referirse a las condiciones y al precio a que se venden los bienes o servicios y provocan un sobrecoste y otros perjuicios a los clientes de los infractores [...]” (Considerando [43] de la Directiva 2014/104/UE). En efecto, la Directiva de daños anticompetitivos dispone que los *clientes o compradores directos* de los infractores de las normas de libre competencia de la UE tienen derecho a interponer una acción ante los tribunales para que éstos ordenen que se reparen todos los daños que les haya causado tal infracción³⁶⁴. Se define al “comprador directo” como “una persona física o jurídica que haya adquirido directamente de un infractor productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la competencia” (art. 2.23 de la Directiva 2014/104/UE). Existe una muy buena razón para que se les reconozca el *ius standi* en este tipo de acciones: los clientes directos representan la contraparte del mercado

³⁶² *Vid.*, *ad ex.*, J. BORNKAMM, “Cui malo? Wem schaden Kartelle?”, *GRUR*, 2010, pp. 501-506; S. THIBAUT-LIGER, “La partie lésée et l’entité civilement responsable au sens de la directive sur les actions indemnitaires en droit de la concurrence”, en *Liber amicorum en l’honneur du professeur Joël Monéger*, Paris, LexisNexis, 2017, pp. 561-575 (pp. 563-568); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 71-78.

³⁶³ *Vid.*, *ad ex.*, F. KAINER/J. PERSCH, “Die CDC-Entscheidung des OLG Düsseldorf: Kollektiver Rechtsschutz und europarechtliches Effektivitätsprinzip – Anm. zu OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.02.2015, VI-U (Kart) 3/14, WuW 2015, 505 – Zementkartell-Sammelklage –”, *WuW*, n° 1, 2016, pp. 2-7.

³⁶⁴ J. DREXL, “Zur Schadenersatzberechtigung unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer im europäisierten Kartelldelikt-recht”, en *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, vol. I, München, 2007, pp. 1339-1365.

del infractor (*die Marktgegenseite des Rechtsverletzers*); es decir, se ven directamente afectados como contrapartes en el lado de la demanda del respectivo mercado³⁶⁵.

189. Cuando existen *acuerdos horizontales* entre competidores participantes en un mismo cártel, los clientes de las empresas que intervienen en él resultan perjudicados; porque la transacción celebrada con cualquiera de ellos está influenciada por lo que se haya dispuesto en el cártel, hasta el punto de que ciertos efectos (como, *ad ex.*, precios altos) no pueden explicarse sin él³⁶⁶.

190. Cuando se trata de *acuerdos verticales* que no pueden beneficiarse de una exención por categoría ni de una exención individual en virtud del art. 101.3 TFUE, se considera “víctimas” de daños anticompetitivos o “perjudicadas” a las empresas sobre las que recaen obligaciones de exclusividad (*Ausschliesslichkeitsbindungen*) o relativas a precios de reventa (*Preisbindungen*) que no son legales³⁶⁷. Por otra parte, este tipo de acuerdos puede causar daños a empresas al margen del sistema de distribución de una empresa (*outsiders, Aussenseiter*), cuando éste discrimina a (potenciales) distribuidores, a los que se rechaza por causas no objetivas³⁶⁸.

191. ➤ *Caso 1. Sistema de descuentos abusivos constitutivo de abuso de posición dominante y pago de intereses: el caso Rocca (2015)*. Rocca Transports era una sociedad especializada en el transporte de mercancías entre el continente francés y Córcega. Utilizaba mayoritariamente al transportista Société Nationale Maritime Corse Méditerranée (SNCM), que operaba en el puerto de Marsella. Desde 2010, SNCM implantó un sistema de descuentos, cuya finalidad era la de captar un volumen de transportes que se realizaban especialmente desde el puerto de Toulon. Rocca, que no se benefició de este *sistema de descuentos*, consideró que era *discriminatorio y abusivo*; puesto que: *En primer lugar*, acabaría por favorecer a los transportistas por carretera que se comprometiesen a aumentar el volumen de ventas confiado a la SNCM, que se beneficiarían de descuentos sobre la totalidad del mencionado volumen; mientras que otros transportistas que confiarían, sin embargo, a la SNCM un volumen más importante no se beneficiarían del sistema de descuentos, por el único motivo de que no aumentarían su volumen de mercancías confiado a la SNCM. *En segundo lugar*, este sistema de descuentos acabaría por perjudicar a los transportistas por carretera que, habían adquirido ya una cierta talla, para los cuales era más difícil que se produjese un aumento importante del volumen de mercancías a transportar. Rocca pretendió sin éxito que SNCM le pagase los daños y perjuicios que su comportamiento le había causado. Solución → La sentencia de la *Cour d'appel* de París, ch. 5-5, 22 octubre 2015, le reconoció a Rocca el derecho a que se le indemnizase por el *lucro cesante* y a que se le abonasen *intereses por demora*. Como se trataba de una

³⁶⁵ C. ALEXANDER, *Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht: privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, p. 726; F.W. BULST, “Zum *Manfredi-Urteil* des EuGH”, *ZEuP*, 2008, p. 187; H. MICKLITZ, “Rechtsprechung zum Europäischen Verbraucherrecht: Vertrags- und Deliktsrecht”, *EWS*, 2008, pp. 353-369 (p. 366); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 73.

³⁶⁶ F.W. BULST, “Zum *Manfredi-Urteil* des EuGH”, *ZEuP*, 2008, pp. 179-180; P. GRUBER, “Versicherungskartelle und Schadenersatz - Neues vom EuGH”, *RdW*, 2007, p. 16; E. KIESSLING, “Neues zur Schadensabwälzung”, *GRUR*, 2009, pp. 733-739 (pp. 735-736); H. KÖHLER, “Kartellverbot und Schadensersatz”, *GRUR*, 2004, pp. 99-103 (102); T. LÜBBIG, “Die zivilprozessuale Durchsetzung etwaiger Schadensersatzansprüche durch die Abnehmer eines kartellbefangenen Produktes”, *WRP*, 2004, pp. 1254-1260 (p. 1257); G. WAGNER, “Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmassung oder legitime Aufgabe?”, *AcP*, 206, 2006, pp. 406-407; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 73.

³⁶⁷ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 74. Sobre los *acuerdos verticales*, *vid.* Reglamento (UE) n° 330/2010 de la Comisión de 20 abril 2010 relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, DO L 102 de 23 abril 2010, y las Directrices relativas a las restricciones verticales, DO C 130 de 19 mayo 2010. Sobre esta normativa, *vid.*, *per omnia*, S. NOLTE, “Vertikale Kooperationsformen”, en LANGEN/BUNTE, *Kartellrecht: Kommentar*, Band 2 (*Europäisches Kartellrecht*), 13ª ed., Köln, Luchterhand Verlag, 2018, pp. 339-406.

³⁶⁸ R. HEMPEL, *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht: eine rechtsvergleichende Analyse*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 108; M. KLING/S. THOMAS, *Kartellrecht*, München, Vahlen, 2007, pp. 786-787; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 74; W. WURMNEST, “Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche von Kartellbeteiligten bei Verstößen gegen das EG-Kartellverbot”, *RIW*, 2003, pp. 896-900 (pp. 897-898, 900).

acción autónoma (*stand-alone action*), el tribunal francés tuvo que verificar, ante todo, si SNCM tenía *posición dominante*. La *Cour* respondió afirmativamente, apoyándose en alguna decisión de la *Autorité de la Concurrence* dictada en otro asunto, de varios estudios económicos públicos y privados y de algunos documentos privados utilizados por las propias partes. Después, la *Cour* reprodujo los dos argumentos esgrimidos por Rocca y consideró, por tanto, que la SNCM había establecido así un sistema anticompetitivo (*un système de remise discriminatoire et anticoncurrentiel*), abusando de su posición dominante y de la dependencia económica de Rocca. Ésta tuvo una *victoria pírrica*. Pretendía que se le pagase, como indemnización, 1.300.000 euros; pero la *Cour d'appel* le reconoce sólo el derecho a 50.000 euros más los intereses. Según el tribunal francés, la *valoración del daño* debía hacerse de la siguiente forma: 1º) Rocca alegaba que había perdido cuatro clientes a causa de las tarifas más interesantes practicadas por transportistas rivales que se habían beneficiado de los descuentos; sin embargo, Rocca no aportó ninguna prueba con respecto a las tarifas que habían fijado estos últimos y que habrían determinado la elección de estos clientes: como consecuencia de ello, Rocca no demostró que tales transportistas hubiesen practicado condiciones tarifarias más interesantes con clientes que antes eran suyos. 2º) Rocca había sido perjudicada desde el punto de vista de la competencia; ya que, al tener costes superiores, había perdido una oportunidad para adquirir nuevos clientes. El tribunal fijó el valor de este perjuicio en 50.000 euros. 3º) Finalmente, ordenó que SNCM pagase los *intereses legales* desde el 13 noviembre 2012 y su capitalización conforme al art. 1154 del *Code civil*. Un comentarista (R. AMARO) ha apuntado los siguientes datos: a) El tribunal pudo elegir teóricamente entre varios momentos posibles para el *inicio del cómputo de los intereses*: la fecha de la comisión del cártel o del abuso de posición dominante, la fecha del cese de la práctica anticompetitiva (como hizo la *Cour d'appel* en este caso concreto) o la fecha en que una decisión judicial es dictada o se convierte en firme. b) El hecho de que hubiesen transcurrido casi tres años entre la fecha del cese de la conducta anticompetitiva y la sentencia en apelación no es significativo en este caso concreto, visto las bajas tasas de interés durante esos años, pero puede ser muy importante en el caso de cárteles secretos de mucha mayor envergadura y duración que la conducta antitrust que tuvo que juzgar el tribunal francés. c) El sistema de *capitalización de los intereses* propio del art. 1154 del *Code civil* exige que, cada año, los intereses legales se calculen sobre el importe del crédito inicial más los intereses capitalizados. En definitiva, esta sentencia refleja “una práctica decisoria favorable al acreedor que adopta un relieve particular al ser más conforme con el principio de reparación integral tal como es interpretado en el Derecho de la Unión (R. AMARO)³⁶⁹ (Sentencia *Cour d'appel* de París, ch. 5-5, 22 octubre 2015, *SARL Rocca Transports c/ Société Nationale Maritime Corse Méditerranée [SNCM]*, RG nº 14/03665)³⁷⁰.”

192. ➤ *Caso 2. Negativa a reparar el daño a una consumidora: el caso Vauchelin (2017)*. Repitiendo una mítica frase de MARGARET THATCHER (“*I want my money back*”) ante la prensa, DOMINIQUE VAUCHELIN, una consumidora de 53 años residente en Reims (Francia), dio a conocer al público su intención de demandar a varias multinacionales (Colgate Palmolive, Henkel, Unilever y Procter & Gamble) y a un distribuidor. Las primeras habían sido condenadas por un cártel de precios por la Autoridad Francesa de la Competencia en 2014 (decisión *Autorité de la concurrence* 18 diciembre 2014, nº 14-D-19, *relative à des pratiques mises en oeuvre dans le secteur des produits d'entretien et des insecticides et dans le secteur des produits d'hygiène et de soins pour le corps*). La señora EMMANUEL LUDOT, abogada, a la que alguna prensa local consideraba “un as de la provocación”, y defensora de la señora VAUCHELIN, declaró a los medios de comunicación social que su cliente había pagado, entre 2003 y 2006, un sobrepago de más de 2.000 euros sobre sus compras de líquido limpiavajillas, dentífrico, geles de ducha y otros productos de higiene y mantenimiento. Tras interponer la demanda de reparación de daños anticompetitivos en el tribunal equivocado (el de Reims) en lugar del tribunal competente (el tribunal de gran instancia de Lille), se creó una cierta expectativa alimentada por la prensa local, que veía la potencialidad del caso (se empieza por el precio de los productos de higiene y luego se sigue por el precio de los pollos), y se llegó finalmente al Tribunal de gran instancia de Lille, que debería

³⁶⁹ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, nº 1, 2016, p. 259.

³⁷⁰ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, nº 1, 2016, pp. 251-260 (pp. 258-259).

resolver el fondo del asunto: si indemnizaba por daños anticompetitivos a una consumidora. Solución → La sentencia *Tribunal de grande instance de Lille*, ch. 01, 6 junio 2017, *Mme Vauchelin c/ sociétés Colgate Palmolive, Henkel et al.*, RG 15/10938, desestimó la demanda. Consideró que la demandante no había probado con precisión el daño que se le había causado ni que hubiera adquirido los productos con sobrecoste durante los años que duró el cártel. Era evidente para el tribunal que no podía considerarse que los testimonios de dos hijos de la demandante, declarando que vieron comprar a su madre esos productos en grandes almacenes durante ese período de tiempo, fuesen suficientes (sentencia *Tribunal de grande instance de Lille*, ch. 01, 6 junio 2017, *Mme Vauchelin c/ sociétés Colgate Palmolive, Henkel et al.*, RG 15/10938)³⁷¹. Hay quien ha observado, yendo más allá de lo anecdótico del caso, lo difícil que resulta esperar que un *consumidor* cualquiera guarde durante años las facturas por cantidades pequeñas de productos adquiridos en grandes superficies comerciales y se ha preguntado si veremos, algún día, que se indemnice por daños anticompetitivos a un consumidor, al menos mientras no cambien las reglas de fondo y de procedimiento (R. AMARO)³⁷².

b') Los proveedores de los monopolistas

193. Los *proveedores* de los monopolistas (*Unmittelbare Zulieferer des Rechtsverletzers*) están legitimados para interponer las acciones por daños anticompetitivos: “[...] *La infracción también puede referirse a los suministros del infractor (por ejemplo, en el caso de un cártel de compras). En esos casos, el daño emergente puede derivarse de un precio inferior pagado por los infractores a sus proveedores. En consecuencia, debe aplicarse a esos casos la presente Directiva [...]*” (Considerando [43] de la Directiva 2014/104/UE). Se les reconoce el *ius standi* en las acciones civiles contra daños anticompetitivos; porque los proveedores directos de los monopolistas representan la contraparte del mercado del infractor (*die Marktgegenseite des Rechtsverletzers*); es decir, se ven directamente afectados como contrapartes en el lado de la oferta en el mercado relevante³⁷³.

194. Las razones por las que están legitimados para interponer demandas civiles de reparación de daños antitrust son, *mutatis mutandis*, las mismas que se han expuesto con respecto a los clientes directos de los cartelistas.

c') Los competidores de los monopolistas

195. Los *competidores* de los monopolistas (*Wettbewerber des Rechtsverletzers*) están legitimados para interponer las acciones por daños anticompetitivos; es decir, los competidores de las empresas infractoras del Derecho antitrust europeo (= todas las empresas que operan, como oferentes o demandantes, en el mismo mercado relevante material, espacial y temporal); puesto que, con el cártel o el abuso de posición dominante, se les impidió el acceso al mercado o se les hizo más difícil el acceso o la permanencia en él (A. WOLF)³⁷⁴. Ante la falta de definición legal, podría considerarse *competidor* (*real o*

³⁷¹ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017 – juillet 2017)”, *Concurrences*, n° 4, 2017, pp. 212-223 (pp. 218-219).

³⁷² R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017 – juillet 2017)”, *Concurrences*, n° 4, 2017, p. 219.

³⁷³ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 73.

³⁷⁴ *Vid.*, ad ex., G. AFFERNI/F. BULST, “Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche von Verbrauchern”, *ZEuP*, 2005, pp. 144-161 (p. 157); F.W. BULST, “Zum *Manfredi*-Urteil des EuGH”, *ZEuP*, 2008, p. 187; Id., “Of arms and armour – The European Commission’s White Paper on damages for breach of EC Antitrust Law”, *Bucerius Law Journal*, 2008, pp. 81-95 (p. 84); A. GÖRNER, *Anspruchsberechtigung der Marktbeteiligten nach § 33 GWB*, Köln, Heymann, 2008, pp. 194, 216-218 y 234; R. HEMPEL, *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht: eine rechtsvergleichende Analyse*, Baden-Baden, Nomos, 2002, p. 42; M. KLING/S. THOMAS, *Kartellrecht*, München, Vahlen, 2007, p. 784; L. PROSPERETTI, “Estimating damages to competitors from exclusionary practices in Europe: a review of the main issues in the light of national courts’ experience”, en G. CAGGIANO/G. MUSCOLO/M.A. TAVASSI (Ed.), *Competition law and intellectual property: a European perspective*, Alphen aan den Rijn, 2012, pp. 239-258; F. STANCKE, “Aktivlegitimation”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (Hrsg.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, pp. 198-219; G. WAGNER, “Prävention und Verhaltenssteuerung

actual) a “toda empresa que, con una o con más empresas, como oferente o demandante de mercancías o servicios, mantiene una concreta relación competitiva” (= dos empresas son competidoras reales cuando operan en un mismo mercado relevante) (F. STANCKE)³⁷⁵; mientras que se considera que una empresa es un *competidor* (*supuesto, futurible o potencial*) de otra empresa, si es probable que, mediante un aumento pequeño pero sostenido de las inversiones adicionales, realizado en un corto período de tiempo, cubra costo de conversión que se requiriera para ingresar al mercado relevante en el que opera la otra compañía (F. STANCKE)³⁷⁶.

196. ➤ *Caso 1. Lucha en el mercado de las telecomunicaciones: el caso Global One (1998).* Conforme a los arts. 81.1 TCE y 81.3 TCE, la Comisión autorizó un cártel entre empresas de telecomunicaciones que querían operar en Alemania (la fusión entre Atlas y Global One), si bien subordinándolo al cumplimiento de determinadas condiciones (*vid.* Decisión de la Comisión de 17 julio 1996 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE [Asunto nº IV/35.337 – *Atlas*], DOCE L 239 de 19 septiembre 1996; Decisión de la Comisión de 17 julio 1996 relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE y del artículo 53 del Acuerdo sobre el EEE [Asunto nº IV/35.617 - *Phoenix/GlobalOne*], DOCE L 239 de 19 septiembre 1996). Era claro, por tanto, que hasta que se cumplieran las condiciones suspensivas (diciembre 1996), el cártel seguiría estando prohibido y los contratos subyacentes serían nulos. Sin embargo, desde febrero 1996, *Global One* ofreció sus servicios en Alemania (transmisión de datos, telefonía, transmisión de imágenes), intentando así quitar clientes a las empresas competidoras cuanto antes. Una de ellas demandó a *Global One* por daños anticompetitivos. ¿Tenía ésta derecho a solicitar la indemnización por los daños que el comportamiento de *Global One* le causara? Solución → La sentencia OLG Düsseldorf 16 junio 1998 – U (Kart) 15/97– *Global One*, reconoció el derecho de la empresa demandante, que era el principal competidor de *Global One* en Alemania, a solicitar que se constataste la existencia de daños anticompetitivos: la demanda declarativa de daños (*die Schadenersatzfeststellungsklage*) era admisible (§ 256 Abs. 1 ZPO) y estaba justificada. El OLG Düsseldorf dejó muy claro que: (a) Si los integrantes del cártel lo ponían en práctica antes de la fecha desde la que la Comisión había autorizado su unión comercial, lo harían bajo su cuenta y riesgo: No se protegería su creencia (errónea) de que finalmente la exención sería incondicional o, incluso, retroactiva. (b) Según la legislación alemana, las reclamaciones de indemnización en virtud del § 823 (2) BGB pueden ser interpuestas en tales supuestos por quienes se ven directamente afectados por la práctica temprana del cártel. Éste es el caso de los participantes del mercado que mantienen con los cartelistas una relación competitiva concreta. (c) La demanda declarativa de daños alcanzaría a todos aquellos que se hubiera producido en Alemania (no fuera de ella) y antes de que se cumpliera la condición suspensiva (no después). (d) El OLG observó cómo la demanda se había ceñido a las acciones del acusado en Alemania para justificar, de este modo, la competencia judicial internacional de los tribunales alemanes y la aplicabilidad de la ley alemana (sentencia OLG Düsseldorf 16 junio 1998 – U (Kart) 15/97– *Global One*)³⁷⁷.

197. ➤ *Caso 2. El caso Outremer Telecom (2015 y 2017).* Se interpuso una *follow-on action* para que se reparasen los daños causados por varios comportamientos anticompetitivos, sobre todo el abuso de posición dominante, después de que hubiera una decisión administrativa de condena, según la cual la antigua France Télécom (luego, Orange) y su filial Orange Caraïbe habían concluido un acuerdo colusorio (art. 101 TFUE y art. L 420-1 C. com.) y realizado un abuso de posición dominante (art. 102 TFUE

durch Privatrecht – Anmassung oder legitime Aufgabe?”, *AcP*, 206, 2006, pp. 352-476 (p. 406); H. WEYER, “Schadensersatzansprüche gegen Private kraft Gemeinschaftsrecht”, *ZEuP*, 2003, pp. 318-344 (p. 327); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 73.

³⁷⁵ F. STANCKE, “Aktivlegitimation”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 201.

³⁷⁶ F. STANCKE, “Aktivlegitimation”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 201.

³⁷⁷ Sentencia OLG Düsseldorf 16 junio 1998 – U (Kart) 15/97– *Global One*. *Vid.* “EG-kartellrechtliche Konkurrentenklage auf Schadensersatz und Auskunftserteilung”, *WuW*, 7-8, 1998, pp. 713-719, WUW0199271, WuW/E DE-R 143.

y art. L. 420-2 al. 1 C.com.) en el mercado de telefonía móvil de las Antillas y Guyana (decisión *Conseil de la concurrence*, nº 9-D-36 de 9 diciembre 2009). Outremer Telecom era una empresa competidora de France Télécom (que se convertiría en Orange), que pretendía que se condenase solidariamente a France Télécom y a Orange Caraïbe a reparar los daños anticompetitivos causados, que ella valoraba en alrededor de 75 millones de euros. Solución → El *Tribunal de commerce*, finalmente, estimó daños y perjuicios por un valor aproximado de 7,88 millones de euros, más los intereses de actualización, y 100.000 euros de gastos de procedimiento que se le deberían abonar (art. 700 Code de Procédure Civile). Como *lucro cesante*, el tribunal francés apreció el cierre de partes del mercado de telefonía móvil a consecuencia de la política comercial agresiva de France Télécom que ésta había desarrollado a través de ofertas de fidelización (3,39 millones de euros) y ventajas tarifarias (0,28 millones de euros). Cabe señalar que el tribunal no consideró oportuno indemnizar el *daño moral*, no contemplado por la Directiva 2014/104/UE; pero que puede repararse por el Tribunal, si la ley estatal aplicable al fondo del asunto lo contempla y, en el caso concreto de que se trate, concurren los requisitos para ello (Sentencia *Tribunal de commerce* París, 15^o ch., 16 marzo 2015, *SAS Outremer Telecom c/ SA Orange Caraïbe et SA Orange [anciennement SA France Télécom]*, RG nº 2010073867)³⁷⁸. Se interpuso recurso contra esta resolución judicial, que fue resuelto por la sentencia de la *Cour d'Appel* de París, ch. 5-4, 10 mayo 2017, RG 15/05918, *SA Orange Caraïbe et SA Orange c/ SAS Outremer Télécom*, que confirmó en parte la decisión del Tribunal de comercio de París: redujo el número de prácticas que consideró anticompetitivas y sólo condenó a Orange Caraïbe al pago de daños e intereses³⁷⁹. Merece destacarse que la *Cour d'Appel* de París enfatizó que el derecho a la reparación no sólo comprende el *daño emergente* y el *lucro cesante*, sino también el *pago de interes*. Recordó que, según la jurisprudencia del TJUE, la reparación íntegra del daño anticompetitivo debe incluir la compensación de los efectos negativos que resultan del transcurso del tiempo desde que se produjo el perjuicio causado por la infracción (“[...] *le dommage subi par une entreprise continue a produire un effet, dès lors que, dans l'attente de son indemnisation, l'entreprise concernée reste privée de la trésorerie dont elle aurait disposé en l'absence des fait dommageables.*”); es decir, la *Cour d'Appel* de París distinguió entre la compensación de la *erosión monetaria* y el lucro cesante causado por la *indisponibilidad del capital*.

Por otra parte, la *Cour d'Appel* parisina precisó sobre quién recaía el *onus probandi*: Es la víctima, que desea obtener reparación de un perjuicio que se corresponde con el *coste medio del capital*, quien tiene que aportar la prueba del *lucro cesante* que deriva directamente de la no disponibilidad de la cantidad correspondiente a la reparación del perjuicio, dejando a parte el tema de la *actualización*: Dicho con los términos empleados por la propia *Cour d'Appel* de París, si la supuesta víctima del daño anticompetitivo desea ser indemnizada conforme al *coste medio ponderado del capital* (en inglés, *Weighted Average Cost of Capital, WACC*), tendrá que demostrar que la “*disponibilité des sommes dont elle a été privée l'a conduite, soit à restreindre son activité sans pouvoir trouver des financements alternatifs par emprunts ou fonds propres, soit à renoncer à des projets d'investissements dûment identifiés qui étaient susceptibles de rapporter l'équivalent du coût moyen du capital*”. Si no prueba una restricción de actividad o una renuncia a inversiones, la “solución por defecto” (“*solution par défaut*”) (R. AMARO)³⁸⁰, sería la aplicación del *tipo de interés legal*, que, en palabras de la *Cour d'Appel* de París, es un interés “*correspondant à un placement sans risque*”.

En este caso concreto, no era suficiente con invocar perspectivas generales y vagas de desarrollo de su actividad (“*perspectives générales et vagues de développement de son activité*”). Lo que Outremer Télécom debió haber hecho es acreditar proyectos precisos y resultados de inversiones (“*projets précis et aboutis d'investissements*”) a los que habría tenido que renunciar por causa de las prácticas anticompetitivas padecidas.

³⁷⁸ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, nº 1, 2016, pp. 251-260 (pp. 256-257).

³⁷⁹ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017 – juillet 2017)”, *Concurrences*, nº 4, 2017, pp. 212-223 (pp. 215-218).

³⁸⁰ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017 – juillet 2017)”, *Concurrences*, nº 4, 2017, p. 217.

198. ➤ *Caso 3. El caso DKT (2015 y 2017).* Se interpuso una *follow-on action* para que se reparasen los daños causados por varios comportamientos anticompetitivos, sobre todo el abuso de posición dominante, después de que hubiera una decisión con compromisos (*décision d'engagements*) (decisión *Autorité de la Concurrence*, nº 10-D-29 de 27 septiembre 2010). La empresa DKT pretendía la reparación de los daños y perjuicios que se le habían causado, que ella cifraba en torno a 2.3 millones de euros. Solución → Dos datos cabe destacar de cómo soluciona este caso el Tribunal de comercio de París (R. AMARO): *Primero:* El Tribunal se apoyó en la decisión con compromisos de la Autoridad Nacional de la Competencia francesa y, *de facto*, deduce de ella que las dos empresas demandadas cometieron abusos de posición dominante. De ahí, el razonamiento del tribunal sigue la denominada *concepción monista* del ilícito civil; es decir, si hay un ilícito concurrencial, éste es *necesariamente* también un ilícito civil (= un hecho generador de un daño que debe ser reparado): “[...] un préjudice s’infère nécessairement de ces pratiques”³⁸¹. El principal daño anticompetitivo era, sin duda, la exclusión de que había sido objeto DKT en el mercado de reciclado de materiales plásticos. En total, el Tribunal de comercio impuso a las dos demandadas una indemnización de 350.000 euros, más 50.000 euros en virtud del art. 700 Code de Procédure Civile. *Segundo:* El Tribunal estimó tres conceptos indemnizables (aparte de las costas procesales): el *daño emergente*, el *lucro cesante* y, cosa poco frecuente en litigios relativos a conductas anticompetitivas, el *daño moral*, derivado de la pérdida de reputación de DKT, que valoró en 350.000 euros (Sentencia Tribunal de commerce París, 15^o ch., 30 marzo 2015, *SARL DKT International c/ SA Éco-Emballages et Valorplast*, RG nº J2012000109)³⁸². Interpuesto recurso, la sentencia de la *Cour d’appel* de París, ch. 5-4, 20 diciembre 2017, *SA SREP (annciennement SA Eco-Emballages) et SA Valorplast c/ SARL DKT International*, RG 15/07583³⁸³, anuló la resolución judicial impugnada y desestimó todas las pretensiones de la demandante. En opinión de la *Cour d’appel* de París, no se había perpetrado ningún abuso de posición dominante. A los efectos que ahora nos interesan, tres datos llaman la atención. *Primero:* Existe un claro antagonismo entre la sentencia de instancia y la sentencia de apelación. *Segundo:* El Tribunal de apelación francés reduce el valor probatorio que pueda tener una decisión que apruebe unos compromisos entre las partes implicadas al de un mero indicio, entre otros posibles, de un comportamiento anticompetitivo. *Tercero:* La *Cour d’appel* de París no menciona siquiera, probablemente porque había sido dictada apenas un mes antes, la STJUE 23 noviembre 2017, C-547/16, *Gasorba y otros*, ECLI:EU:C:2017:891, que precisamente se pronunció sobre la decisión mediante la cual la Comisión Europea declara obligatorios los compromisos asumidos por una empresa y el alcance del carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales nacionales de una decisión de la Comisión relativa a tales compromisos³⁸⁴.

d’) Los clientes indirectos de los monopolistas: *passing-on defense*

199. Los *clientes indirectos* de los monopolistas (*indirect purchasers, indirect customers, Mittelbare Abnehmer auf nachgelagerten Wirtschaftsstufen*) están legitimados para interponer las acciones por daños anticompetitivos³⁸⁵: “[...] los Estados miembros velarán por que [...] el resarcimiento de

³⁸¹ Sobre la *concepción monista*, *vid.* el epígrafe III, 6, B.

³⁸² *Concurrences*, nº 3, 2015, p. 154. Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, nº 1, 2016, pp. 251-260 (pp. 256-257); B.C. BECKER, “Faktische Bindungswirkung kartellbehördlicher Zusagenentscheidungen zu Gunsten von follow-on-Schadensersatzklägern: das Urteil des Tribunal de commerce de Paris im Fall DKT v. Eco-Emballages als Türöffner für private Schadensersatzklagen?”, *NZKart*, 4, 2, 2016, pp. 58-64.

³⁸³ Comentada por R. AMARO, “Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018)”, *Concurrences*, nº 2, 2018, pp. 225-239 (pp. 231-232).

³⁸⁴ Comentada por R. AMARO, “Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018)”, *Concurrences*, nº 2, 2018, pp. 225-239 (pp. 228-229); J. HARTLIEB, “Kartellrecht: Verpflichtung zur Überprüfung von Wettbewerbsregeln für Vereinbarungen”, *EuZW*, 2018, pp. 46-48; E. PAULUS, “Safe Harbor durch Verpflichtungsentscheidung der Europäischen Kommission?”, *ÖZK aktuell*, 2017, pp. 236-237. (DE).

³⁸⁵ F. CENGİZ, “Antitrust Damages Actions: Lessons from American Indirect Purchasers’ Litigation”, *ICLQ*, 59, 1, 2010, pp. 39-63; J. DREXL, “Zur Schadenersatzberechtigung unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer im europäisierten Kartelldeliktsrecht”, en *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, vol. I, München, 2007, pp. 1339-1365; E. EKLUND, “Indirect purchasers: is there anything new in the Directive?: an introductory overview of the current and future status of

daños y perjuicios pueda reclamarlo del infractor cualquiera que los haya sufrido, con independencia de que se trate de un comprador directo o indirecto [...]” (art. 12.1 de la Directiva 2014/104/UE). Se define al “comprador indirecto” como una persona física o jurídica que haya adquirido no directamente del infractor sino de un comprador directo o de uno posterior, productos o servicios que fueron objeto de una infracción del Derecho de la competencia, o productos o servicios que los contengan o se deriven de ellos” (art. 2.24 de la Directiva 2014/104/UE).

200. Ahora bien, con el fin de evitar la *sobrecompensación*, los Estados miembros están obligados a adoptar “*las disposiciones procesales adecuadas para garantizar que el resarcimiento por el daño emergente a cualquier nivel de la cadena de suministro no supere el perjuicio por el sobrecoste sufrido a ese nivel*” (art. 12.2 de la Directiva 2014/104/UE). Se explica así la denominada “defensa basada en la repercusión de sobrecostes” o *passing-on*: “*Los Estados miembros garantizarán que el demandado por daños y perjuicios pueda invocar como defensa en el proceso por daños y perjuicios el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobrecoste resultante de la infracción del Derecho de la competencia. La carga de la prueba de que el sobrecoste se repercutió recaerá en el demandado, que podrá exigir, en una medida razonable, la exhibición de pruebas del demandante o de terceros*” (art. 13 de la Directiva 2014/104/UE)³⁸⁶.

indirect purchasers in the EU”, en M. BERGSTRÖM/M.C. IACOVIDES/M. STRAND (EDS.), *Harmonising EU competition litigation: the new Directive and beyond*, Oxford, Hart, 2016, pp. 261-278; C. KERSTING/S. DWORSCHAK, “Zur Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer im Kartellrecht nach dem ORWI-Urteil des BGH”, *JZ*, 2012, pp. 777-782; W. KIRCHHOFF, “Die Haftung von Kartellteilnehmern gegenüber mittelbar Geschädigten”, en *Mittelstand im globalen Wettbewerb: Referate des 45. FIW-Symposiums: sowie ein Referat, gehalten beim 2. Berliner Kolloquium*, Köln, FIW-Schriftenreihe, Heft 239, 2012, pp. 33-42; Id., “Das ORWI-Urteil des Bundesgerichtshofs”, *WuW*, 2012, pp. 927-935; J. KOCH, “Kartellrechtliche Schadensersatzansprüche mittelbar betroffener Marktteilnehmer nach § 33 GWB n.F.”, *WuW*, 2005, pp. 1210-1221; V. SOYEZ, “Schadensersatzanspruch des indirekten Abnehmers von Kartellteilnehmern”, *EuZW*, 23, 3, 2012, pp. 100-102.

³⁸⁶ La Comisión publicó un estudio sobre la *passing-on* el 25 octubre 2016: EUROPEAN COMMISSION, *Study on the Passing-On of Overcharges: Final report*, European Union, 2016. ISBN 978-92-79-61486-6 (Vid. “Kartellschadensersatz: EU-Kommission veröffentlicht Studie zum passing-on”, *WuW*, Nr. 01 06.01.2017, pp. 35-36). Sobre ésta en general, *vid.*, *ad ex.*, G. AFFERNI, “La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario”, *Concorrenza e mercato*, 16, 2008 (2009), pp. 494-521; C. ANDRELANG, “Damages for the infringement of Art. 81 EC by cartel agreements according to sec. 33(3) GWB: the changes of law concerning the ‘protective law’ requirement and the ‘passing on’ defence”, *World Compet.*, 30, 4, 2007, pp. 573-593; B. AUGUSTIN/A. BRADLEY, “A controversial decision: both lawyers and accountants have criticised the ruling of the UK’s Competition Appeal Tribunal on the pass-on defence in the Sainsbury’s Supermarkets case”, *Competition Law Insight*, 15, 12, 2016, pp. 9-11; M. BÄCHLI, “Die Passing-on Defense”, *SchwJZ*, 103, 15, 2007, pp. 365-374; R.J. VAN DEN BERGH, “Violations of the cartel prohibition, actions for damages by indirect buyers and the passing-on defence: judgment of the German Bundesgerichtshof of 28 June 2011”, *ZeUP*, 21, 1, 2013, pp. 147-164; H. BERGMANN/L. FIEDLER, “Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer und Passing-on Defense: private Kartellrechtsdurchsetzung in Deutschland”, *BB*, 67, 4, 2012, pp. 206-210; M. BOTTA, “The principle of passing on in EU competition law in the aftermath of the Damages Directive”, *European Review of Private Law/Revue européenne de droit privé/Europäische Zeitschrift für Privatrecht*, 25, 5, 2017, pp. 881-907; R. VON BÜREN, “Zur Zulässigkeit der ‘passing-on defense’ in kartellrechtlichen Schadensersatzverfahren nach schweizerischem Recht”, *SZW/RSDA*, 79, 3, 2007, pp. 189-206; F.W. BULST, *Schadensersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht: zur Schadensabwälzung nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht*, Baden-Baden, Nomos, 2006; Id., “Zum Problem der Schadensabwälzung und seiner Analyse durch das KG in ‘Transportbeton’”, en W. MÖSCHEL/F. BIEN (Hrsg.), *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadensersatzklagen?*, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 225-265; Id., “Passing-on”, en J. BASEDOW/J.P. TERHECHTE/L. TICHÝ (EDS.), *Private enforcement of competition law*, Baden-Baden, 2011, pp. 67-82; E. BÜYÜKSAGIS, “Standing and passing-on in the new EU Directive on antitrust damages actions”, *SZW/RSDA*, 87, 1, 2015, pp. 18-30; J. DITTRICH, “Der Passing-on-Einwand und die Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer eines Kartells”, *GRUR*, 111, 2, 2009, pp. 123-128; H. DÜCK/A. EUFINGER, “Anspruchsberechtigung mittelbar Betroffener und passing-on defence im Lichte der BGH-Rechtsprechung zu § 33 GWB”, *WRP*, 2011, pp. 1530-1536; B. DURAND/I. WILLIAMS, “The importance of accounting for passing-on when calculating damages that result from infringement of competition law”, *ERA-Forum*, 18, 1, 2017, pp. 79-94; A. FUCHS, “Ausschluss oder Zulassung des Einwands der Schadensabwälzung? Plädoyer für eine differenzierte Beurteilung der Passing-on defense bei Schadensersatzklagen wegen Kartellverstößen”, *ZWeR*, 9, 2, 2011, pp. 192-217; Id., “Anspruchsberechtigte, Schadensabwälzung und Schadensbemessung bei Kartellverstößen”, en O. REMIEN/M. ROBERT (HRSG.), *Schadensersatz im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht: Würzburger Tagung vom 11. und 12.6.2010*, Tübingen, 2012, pp. 55-91; P.M. GARRIDO PÉREZ, “El sistema passing-on: el ejercicio de la acción y defensa procesal”, en A. FONT I RIBAS/B. VILÁ COSTA/L. CABALLO I ANGELATS, *La indemnización por infracción de normas comunitarias de la competencia*, Madrid, 2012, pp. 45-81; M. HARTMANN-RÜPPEL/P. LUDEWIG, “Entscheidung für die Passing-On-Defence im deutschen Recht: zur ORWI-Entscheidung des Bundesgerichtshofs”, *ZWeR*, 10, 1, 2012, pp. 90-105; M. HELLWIG, “Private damages claims and the passing-on defense in horizontal price-fixing cases”, en J. BASEDOW (ED.), *Private enforcement of EC competition law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2007, pp. 121-159; E.P. HENNEBERRY, “Private enforcement in EC competition law: the passing on defence

201. Ésta es una defensa típica en los litigios para el resarcimiento de daños anticompetitivos, cuando el demandante no es un consumidor final, sino un *comprador directo o indirecto* de los bienes o servicios afectados por el cártel o abuso de posición dominante. El demandado (o demandados) intentará probar que el *quantum* del daño que aquél pretende que se le indemnice es inferior a lo que alega, puesto que repercutió todo o parte de los precios, aumentando sus precios de reventa (*Schadensabwälzungswirkung*); mientras que el demandante (o demandantes) querrá probar que los precios de reventa siguieron una evolución diferente a la de los precios de compra o que el incremento del precio de compra fue compensado por una reducción del margen de beneficios. Todo ello requiere la elaboración de estudios económicos muy complejos, que atribuyen un papel de relieve muy importante en la práctica a los peritos (en este caso, expertos en Economía industrial)³⁸⁷. En palabras de R. RAMOS MELERO, “[e]stimar el ‘pass on’ es posiblemente el mayor problema no resuelto por las técnicas económicas debido a la escasez de datos y a la falta de consistencia de los análisis económicos que descansan en una importante cantidad de supuestos que, al poder ser cuestionados por el imputado, pueden arrojar dudas sobre los resultados que muestren que no se ha dado. Esta falta de contundencia de los resultados económicos puede generar dudas que favorecen al infractor”³⁸⁸.

and standing for indirect purchasers, representative organisations and other groups”, *ERA-Forum*, n° 1, 2006, pp. 15-26; P. HITCHINGS/J. HAIN-COLE, “A legal approach to assessing evidence of pass-on”, *G.C.L.R.*, 10, 3, 2017, pp. 116-127; J. HOFFMANN, “Kartellrechtliche Streitverkündung bei Schadensabwälzung: ein Vorschlag zur Umsetzung von Art. 15 der KartellschadenersatzRL”, *NZKart*, 4, 1, 2016, pp. 9-19; F. HOSEINIAN, “Passing-on damages and Community antitrust policy – an economic background”, *World Compet.*, 28, 1, 2005, pp. 3-23; H.-G. KAMANN/S. OHLHOFF, “Gesamtgläubigerschaft als Lösung des Passing-on-Problems? Neues zu Schadensersatzansprüchen von Abnehmern eines Kartells: KG, Urt. v. 1.10.2009, 2 U 10/03 Kart und 2 U 17/03 Kart, Transportbeton”, *ZWeR*, 8, 3, 2010, pp. 303-320; E. KIESSLING, “Neues zur Schadensabwälzung”, *GRUR*, 2009, pp. 733-739; T.S. MÜLLER, *Die Passing-on Defense im schweizerischen Kartellzivilrecht: besonderer Berücksichtigung des amerikanischen, europäischen und deutschen Rechts*, Zürich, 2008; S. PARLAK, “Passing-on defence and indirect purchaser standing: should the passing-on defence be rejected now the indirect purchaser has standing after Manfredi and the White Paper of the European Commission?”, *World Compet.*, 33, 1, 2010, pp. 31-53; C. PETRUCCI, “The issues of the passing-on defence and indirect purchasers’ standing in European competition law”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 1, 2008, pp. 33-42; S. POLSTER/A.-Z. STEINER, “Zur Passing-on defense im österreichischen Kartellschadenersatzrecht”, *ÖZK*, n° 2, 2014, pp. 43-48; R. RAMOS MELERO, “Cuantificación de daños de los cárteles duros. Una visión económica”, en J.M. BENEYTO PÉREZ/J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS (DIR.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 695-759 (pp. 718-721 y 729); M. REICH, “Die Passing-On Defense im Spannungsfeld zwischen Weißbuch und kritischen Literaturstimmen”, *WuW*, 58, 10, 2008, pp. 1044 y 1046-1054; A. RÖHLING, “Die Passing-on Defence im deutschen Recht unter Berücksichtigung des europäischen, US-amerikanischen und britischen Rechts”, en *Festschrift für Ulrich Huber*, 2006, pp. 1116-1131; T. SCHREIBER, “Klagebefugnis mittelbarer Abnehmer und ‘Passing-on-Defence’: zwei Seiten einer Medaille?”, *WuW*, 64, 4, 2014, p. 355; M. SEEGERS, “Einwand der Schadensabwälzung nach dem neuen § 33c GWB”, *WuW*, 67, 5, 2017, pp. 236-239; M. SIRAGUSA, “Private damage claims: recent developments in the passing-on defence”, en K. HÜSCHEL RATH/H. SCHWEITZER (EDS.), *Public and private enforcement of competition law in Europe: legal and economic perspectives*, Berlin, 2014, pp. 229-246; M.W.A. SONNBERGER, “Die kartellrechtliche ‘passing-on defense’ als Zurechnungsfrage: eine Differenzierung nach der wirtschaftlichen Vorhersehbarkeit?”, *wbl*, 29, 3, 2015, pp. 129-138; M. STRAND, “Indirect purchasers, passing-on and the new Directive on competition law damages”, *ECJ*, 10, 2, 2014, pp. 361-386; W. THÖNI, “Zulässigkeit des Einwands der Schadensabwälzung (sog ‘passing-on defence’) bei Verstößen gegen das Kartellverbot?”, en *Unternehmensrecht in Wissenschaft und Praxis: Festschrift für Waldemar Jud*, Wien, 2012, pp. 699-721; P.J. THYRI, “Passing on: Schadensüberwälzung bei Kartellschäden aus nationaler und internationaler Perspektive”, en K. GUGLER (HRSG.), *Schadenersatz bei Kartellverstößen*, Wien, LexisNexis ARD Orac, 2015, pp. 63-71; V. TRIANTAFYLIDIS, *Die Einordnung der Passing-On-Defence in das allgemeine Schadensersatzrecht: eine rechtsvergleichende, dogmatische Studie*, Frankfurt am Main, PL Academic Research, 2015; L.A. VELASCO SAN PEDRO/C. HERRERO SUÁREZ, “La ‘passing-on defence’, ¿un falso dilema?” en L.A. VELASCO SAN PEDRO, C. ALONSO LEDESMA / J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ / C. HERRERO SUÁREZ/J. GUTIÉRREZ GILSANZ (eds.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 593-604; P. WHELAN, “Something of a burden: is the passing-on defence appropriate?”, *Competition law insight*, 7, 9, 2008, pp. 5-7.

³⁸⁷ En general, J. BURRICHTER, “Ökonomische Gutachten in Kartellschadenersatzprozessen”, en *Kartellrecht in Theorie und Praxis: Festschrift für Cornelis Canenbley zum 70. Geburtstag*, München, 2012, pp. 111-127; A. PEZZOLI, “Private enforcement e analisi economica nei provvedimenti antitrust”, *IDI*, XXIV, 6, 2016, pp. 512-514; P. POHLMANN, “Ökonomische Normtatsachen im Kartellzivilprozess: am Beispiel der Kosten-Preis-Schere”, en *Festschrift für Rolf Stürner zum 70. Geburtstag*, I, Tübingen, 2013, pp. 435-454; L. PROSPERETTI, “Uses and misuses of economics in the estimation of antitrust damages”, en E.A. RAFFAELLI (ED.), *Antitrust between EU law and national law: X Conference: 17-18 May 2012, Casa dei Carraresi, Treviso. Antitrust fra diritto nazionale e diritto dell’Unione europea*, Bruxelles, 2013, pp. 73-83.

³⁸⁸ R. RAMOS MELERO, “Cuantificación de daños de los cárteles duros. Una visión económica”, en J.M. BENEYTO PÉREZ/J. MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS (DIR.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 695-759 (p. 729).

202. La sentencia del TS holandés 8 julio 2016, *TenneT et al. v. ABB et al.*, ha recalcado que la *passing-on defence* puede enfocarse y verificarse de dos maneras -como parte de la cuestión de hasta qué punto el demandante/los demandantes han sufrido daños como resultado de la conducta ilícita del demandado/de los demandados o como una cuestión de deducción de los beneficios colaterales-: la elección entre los dos enfoques sería posible e irrelevante³⁸⁹.

203. La Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, recondujo la defensa basada en la repercusión de sobrecostes a *tres cuestiones fundamentales*, que estructuran la *passing-on*³⁹⁰:

- 1ª) No debe existir una presunción de que el daño ha sido transferido, ni siquiera cuando el comprador directo es un comerciante o un distribuidor³⁹¹.
- 2ª) Es correcto aceptar, como punto de partida, que cualquier transferencia de la desventaja financiera relacionada con el cártel puede no excluir o reducir la cuantía de la reclamación³⁹². Independientemente de que haya habido (o no) una reventa posterior, el daño se produjo con la compra de los bienes (objeto del cártel) en la cantidad que marca la diferencia entre el precio (objeto o efecto) del cártel (*Kartellpreis*) y el precio competitivo (hipotético) (*Wettbewerbspreis*), que hubiera existido de no mediar el cártel³⁹³.
- 3ª) Sobre el autor del daño (*Schädiger*) recae la *carga de la prueba* de que la víctima ha transmitido (al menos, en parte) su daño al siguiente nivel de mercado³⁹⁴. En concreto, la empresa demandada debe demostrar que un posible aumento de precios en el mercado descendente no fue causado por otros factores económicos y, para ello, debe analizar las condiciones generales del mercado en el mercado relevante, en particular, la elasticidad de la demanda, las tendencias de los precios y las propiedades del producto, plausibles para justificar que una transferencia del incremento de los precios relacionados con los cárteles debe, al menos, tomarse seriamente en consideración³⁹⁵. Dicho con otras palabras, el cartelista tiene que demostrar el *nexo de causalidad* entre el cártel y el incremento de precios de reventa; es decir, que el aumento de precios proviene precisamente de la situación del cártel y no de otros factores determinantes del precio: es posible, por tanto, que el alcance del precio del cliente en la etapa de mercado ascendente no se base en la situación del mercado creada por el cártel, sino en una posición independiente y específica en el mercado descendente o en otras circunstancias del mercado de reventa³⁹⁶. No pueden considerarse atribuibles a los cárteles los aumentos de precios que se relacionan con la participación del revendedor en la creación de un valor agregado³⁹⁷.

204. Para que el demandado por la acción de daños anticompetitivos pueda acogerse a la defensa de la *passing-on* es preciso que exista un *mercado descendente* al del cártel, en el que la empresa víctima del cártel demandante, ya sea un adquirente directo o indirecto, haya podido revender los productos cartelizados a sus propios clientes³⁹⁸. Se explica, por consiguiente, que sentencia LG Hannover 18 diciembre 2017 desestimase la defensa basada en la repercusión de sobrecostes; puesto que el municipio

³⁸⁹ Hoge Raad 08-07-2016, 15/00167, *TenneT et al. v. ABB et al.*, ECLI:NL:PHR:2016:70.

³⁹⁰ Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/national_courts/1367230.pdf. *Vid.*, *ad ex.*, C. KERSTING/S. DWORSCHAK, “Zur Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer im Kartellrecht nach dem ORWI-Urteil des BGH”, *JZ*, 2012, pp. 777-782; W. KIRCHHOFF, “Das ORWI-Urteil des Bundesgerichtshofs”, *WiW*, 2012, pp. 927-935; M. HARTMANN-RÜPPEL/P. LUDEWIG, “Entscheidung für die Passing-On-Defence im deutschen Recht: zur ORWI-Entscheidung des Bundesgerichtshofs”, *ZWeR*, 10, 1, 2012, pp. 90-105; K. SCHREIBER, “Nach der ‘ORWI’-Entscheidung des BGH: Was müssen indirekte Abnehmer bei der Geltendmachung von Schadensersatz beachten?”, *GRUR-Prax*, 2012, pp. 78-80.

³⁹¹ Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, § 45.

³⁹² Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, § 56.

³⁹³ Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, § 60.

³⁹⁴ Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, § 47.

³⁹⁵ Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, § 69.

³⁹⁶ Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, § 46.

³⁹⁷ Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, § 69.

³⁹⁸ Sentencia BGH 28 Junio 2011, KZR 75/10 – ORWI, disponible en: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/national_courts/1367230.pdf.

de Göttingen no había revendido los camiones adquiridos al cartelista MAN, sino que los había destinado a servicios públicos, como transporte de bomberos o recogida de residuos y limpieza urbana³⁹⁹.

205. ➤ *Caso La dificultad de concretar la defensa de passing-on: el caso Tennet TSO BV/ABB BV ante los tribunales holandeses (2016 y 2017)*. La Dec.Com. 24 enero 2007, COMP/38.899 — Conmutadores con aislamiento de gas (GIS), DO C 5 de 10 enero 2008, constató que veinte personas jurídicas, europeas y japonesas, que formaban parte de diez empresas, y algunas personas jurídicas, consideradas responsables como sociedades matrices, transgredieron el (actual) artículo 101 TFUE, al participar en una infracción única y continua entre el 15 de abril de 1988 y el 11 de mayo de 2004 en el sector de los conmutadores con aislamiento de gas. La suiza ABB fue la primera en informar a la Comisión de la existencia de un cártel en el sector de los *conmutadores con aislamiento de gas (GIS)* y, como consecuencia, se le eximió de pagar la multa. Pero víctimas del cártel demandaron ante los tribunales holandeses la reparación de los daños causados por ABB. La sentencia del Tribunal Supremo holandés 18 julio 2016, *TenneT/ABB*, declaró que ABB debía responder por el daño que la participación de ABB en el cártel de los conmutadores con aislamiento de gas (GIS) había causado a TenneT. El Tribunal Supremo holandés no fijó, sin embargo, la cuantía de los daños. Ésta fue objeto de un nuevo procedimiento ante el Tribunal de Distrito de Gelderland. En él, la compañía demandada invocó la *passing-on defence*, queriendo así reducir el *quantum indemnizatorio*. ¿Tenía razón? Solución → ABB tuvo, en esta cuestión jurídica, una *victoria pírrica*. Es cierto que, el Tribunal de Distrito admitió, *en abstracto*, el derecho de la demandada a invocar esta defensa: era de justicia para evitar el enriquecimiento injusto. Pero, *en concreto*, lo hizo con tales dudas, que uno llega a preguntarse si, acaso, el Tribunal holandés no temía que, en caso de admitir fácilmente la *passing-on*, se acabaran convirtiendo las indemnizaciones por daños derivados del incumplimiento de normas de Derecho europeo de la competencia en *reparaciones muy inciertas, irreales o quiméricas*. El Tribunal de Distrito de Gelderland afirmó que: “*A este respecto, el Tribunal de Distrito declara, ante todo, que el caso que nos ocupa no implica un producto terminado o semiacabado que se vende a los clientes de la parte perjudicada por el infractor, por lo que el precio de coste, aumentado o no por los costos de manejo y/o procesamiento y/o un recargo se transfieren a uno o más clientes subsiguientes en la cadena de suministro. Esto se refiere a los costos adicionales cobrados a [...] por una inversión en sus activos comerciales o bienes inmuebles. Estos activos fijos y las adiciones a ellos aparecen o aparecerán en el balance y posteriormente se depreciarán, y, en este caso, esta amortización se transferirá o se transferirá parcialmente en las tarifas que [...] TenneT cobra a sus clientes. Por lo tanto, los costes adicionales no se transfieren ni se transferirán directamente a los clientes de [...] TenneT, sino que se incorporan gradualmente a los precios de los clientes, como sería generalmente el caso para los empresarios (productores, comerciantes y proveedores de servicios), que intentarán pasar sus costos y gastos indirectos a los precios que cobran a sus clientes. / El Tribunal considera que, en cualquier empresa, el vínculo causal entre los costos adicionales en los activos fijos y la transmisión de la depreciación de éstos en los precios cobrados a los clientes es demasiado débil para poder encontrar, en términos generales, que el aumento en los precios cobrados a los clientes deba ser sustraído de las pérdidas atribuibles al infractor. Después de todo, es elección del empresario pasar estos gastos o no o sólo parcialmente, lo que, en gran medida, determinará los precios que pueda cobrar en el mercado sin perder su posición competitiva. En un caso, el mercado no le permitirá transferir sus costos adicionales y, en otro caso, podrá, incluso, repercutir sus costos adicionales con un considerable recargo; mientras que un empresario, de hecho, lo hará, otro no lo hará*”⁴⁰⁰.

e’) Los terceros: *the umbrella effect*

206. Los *terceros* que, sin ser clientes o proveedores de los monopolistas, han padecido precios supracompetitivos como consecuencia del *efecto paraguas (umbrella effect, umbrella pricing, prix d’ombrelle)* (*Abnehmer von ‘Kartellaussenseitern’*) están legitimados para interponer las acciones por

³⁹⁹ ECLI:DE:LGHANNO:2017:1218.1808. *Vid.*, *ad ex.*, I. FAES, “La Justicia ve un sobreprecio debido al cártel de camiones”, *elEconomista.es*, 6 marzo 2018; A. PETRASINCU/B. RIGOD, “Erstes Urteil in Sachen Lkw-Kartell – Landgericht Hannover gibt Schadensersatzklage von Kommune weitgehend statt –”, *WuW*, 02.03.2018, Heft 03, pp. 126-129.

⁴⁰⁰ District Court of Gelderland, 29 March 2017, *TenneT/ABB*, §§ 4.14. y 4.15, ECLI:NL:RBGEL:2017:1724.

daños anticompetitivos⁴⁰¹. En efecto, también puede demandar a los cartelistas quienes compraron bienes o servicios a una empresa que no participó en el cártel, pero aprovechó el incremento de precios causado por éste para subir también el precio de sus productos. Es una posibilidad contemplada por la Directiva de daños, cuando reconoce el daño que se puede causar con la infracción del Derecho de la competencia “*a partes perjudicadas distintas de los compradores o proveedores directos o indirectos de los infractores [...]*” (art. 11.6 Directiva 2014/104/UE).

207. La STJUE 5 junio 2014, C-557/12, *Kone AG y otros contra ÖBB-Infrastruktur AG*, ECLI:EU:C:2014:1317, proclamó que las víctimas tenían derecho a la reparación de los daños resultantes del precio más elevado aplicado por una empresa como consecuencia de una práctica colusoria

⁴⁰¹ *Vid., ad ex.*, C. BANERJI, “A new dawn for ‘umbrella claims’ under Austrian law?: a critical review of prospective legal changes based on the recent Kone judgment and the implementation of the Directive 2014/104/EU”, *G.C.L.R.*, 10, 1, 2017, pp. 22-30; H. BETH/C.-M. PINTER, “Preisschirmeffekte: Wettbewerbsökonomische Implikationen für kartellrechtliche Bussgeld- und Schadensersatzverfahren”, *WuW*, 2013, pp. 228-236; J. COPPIK/J. HAUCAP, “Die Behandlung von Preisschirmeffekten bei der Bestimmung von Kartellschäden und Mehrerlösen”, *WuW*, 66, 2, 2016, pp. 50-57; N. DUNNE, “It never rains but it pours? Liability for ‘umbrella effects’ under EU competition law in Kone: case C-557/12, Kone AG and others v. ÖBB-Infrastruktur AG, judgment of the Court of Justice (Fifth Chamber) of 5 June 2014, nyr”, *C.M.L.Rev.*, 51, 6, 2014, pp. 1813-1828; F. FITZ, “Zwischen ‘Singin’ in the Rain’ und ‘Under my Umbrella’: Schadensersatz bei Preisschirmeffekten im europäischen Kartellrecht (Kone AG, Otis GmbH, Schindler Aufzüge und Fahrtreppen GmbH, Schindler Liegenschaftsverwaltung GmbH, ThyssenKrupp Aufzüge GmbH vs. ÖBB-Infrastruktur AG, EuGH (Fünfte Kammer), Urteil vom 5. Juni 2014, Rs. C-577/11)”, *European Law Reporter*, n° 7-8, 2014, pp. 194-200; A. FRITZSCHE, “Jedermann kann: Anmerkungen zum Kone-Urteil des EuGH (Rs. C-557/12) zum Schadensersatz bei kartellbedingt eintretenden Preisschirmeffekten”, *NZKart*, 2, 11, 2014, pp. 428-431; A. FUCHS, “Unter dem Schirm und im Schatten des Kartells: Überlegungen zur Reichweite der Schadensersatzhaftung bei Preisschirm- und Mengeneffekten außerhalb der Vertriebsketten der Kartellmitglieder”, en *Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag*, München, 2014, pp. 159-173; C.G. GÄNSER/N. HARSDFORF ENDERNDORF, “(K)eine Revolution, Haftung für Preisschirmeffekte nach europäischem Wettbewerbsrecht: Urteil EuGH, C-557/12, Kone ua”, *ÖZK*, n° 5, 2014, pp. 167-170; D. HANSBERRY-BIEGUNSKA Y OTROS, “Umbrella effect: damages claimed by customers of non-cartelist competitors”, *J.E.C.L. & Pract.*, 5, 4, 2014, pp. 196-205; M. HARTMANN-RÜPPEL/K. SCHRADER, “Es regnet Preiserhöhungen: wie Preisschirme auch Unbeteiligte schädigen können: zugleich Besprechung der ‘Preisschirmeffekte’-Entscheidung des EuGH v. 5.6.2014, Rs C-557/12”, *ZWeR*, 12, 3, 2014, pp. 300-317; I. HARTUNG, “Umbrella claims: Schadenersatz bei Kartellverstößen auf Um- oder Abwegen? Haften Kartellbeteiligte für die Preispolitik von nicht am Kartell beteiligten Konkurrenten?”, *Ecolex*, 23, 6, 2012, pp. 497-500; I. HARTUNG/M. MERTEL, “Also sprach der EuGH zu ‘Umbrella Claims’”, *ÖZK*, n° 5, 2014, pp. 163-167; K. HAVU, “Competition restrictions, ‘umbrellas’ and damages claims: comment on Kone”, *G.C.L.R.*, 8, 3, 2015, pp. 134-142; R. INDERST/F. MAIER-RIGAUD/U. SCHWALBE, “Preisschirmeffekte”, *WuW*, 2014, pp. 1043-1056; D. KOHL/C. WOLF, “‘Umbrella Claims’ im Lichte der EU-Schadenersatzrichtlinie und des KaWeRÄG 2017”, *wbl*, 31, 12, 2017, pp. 675-681; C. KRIECHBAUMER, “Erneut ‘umbrella claims’: Kartellanten haften sowohl nach ABGB als auch nach Unionsrecht”, *RdW*, 31, 2, 2013, pp. 59-61; Id., “Neues zum Private Enforcement: Stellungnahme der Generalanwältin zur Zulässigkeit von ‘umbrella claims’”, *RdW*, 32, 4, 2014, pp. 175-176; A.I. KÜHNE, “Art. 101 AEUV steht einer Vorschrift nationalen Rechts entgegen, die ‘Preisschirmeffekte’ kategorisch von der Schadensersatzpflicht der Teilnehmer eines Verstoßes gegen Art. 101 AEUV ausschließt”, *BB*, 69, 26, 2014, p. 1552; J. KUPCÍK, “Causality in private enforcement of EU competition law: case of umbrella pricing”, *G.C.L.R.*, 10, 4, 2017, pp. 179-185; T. LETTL, “Haftungsausfüllende Kausalität für einen Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen Art. 101 AEUV, § 1 GWB, insbesondere beim sog. ‘umbrella pricing’: zugleich Besprechung von EuGH, Urt. v. 5.6.2014, C-557/12, Kone u.a. (WuW/E EU-R 3030)”, *WuW*, 64, 11, 2014, pp. 1032-1043; C. MARÉCHAL, “Ombrelle sur les prix: quand le principe d’effectivité du droit de l’Union fait de l’ombre à l’autonomie procédurale des États membres”, *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, n° 30, 2014, pp. 35-38; C. MATRANGA, “Case note: Kone AG v ÖBB-Infrastruktur AG”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 36, 8, 2015, pp. 362-365; G. MONTI, “Umbrella pricing as a sword: case C-557/12 Kone AG and others v. ÖBB Infrastruktur AG, judgment of 5 June 2014”, *M.J.*, 21, 3, 2014, pp. 464-475; E. OLMEDO PERALTA, “A legal approach to the Kone decision: does the private enforcement of European competition law need an umbrella?”, *IIC*, 47, 6, 2016, pp. 697-722; N.I. PAUER, “Anmerkung zur Stellungnahme der Generalanwältin Kokott in der Rs ‘Kone’: Schadensersatzansprüche aufgrund von ‘Preisschirmeffekten’ bei Kartellverstößen?”, *ÖZK*, n° 5, 2014, pp. 171-179; Id., “Schadenersatzansprüche aufgrund von ‘Preisschirmeffekten’ bei Kartellverstößen”, *WuW*, 65, 1, 2015, pp. 14-26; I. PELLECH, “Rechtliche Aspekte des Preisschirmeffekts (Umbrella-Effekts)”, *ÖZK*, n° 5, 2013, pp. 178-182; M.-T. RICHTER, “Standing under the umbrella? The standing of umbrella plaintiffs”, *G.C.L.R.*, 6, 3, 2013, pp. 143-148; J. SCHWARZE, “Schadenersatz beim sog. umbrella pricing im europäischen Wettbewerbsrecht: Anmerkungen zum Kone-Urteil des EuGH (Rs C-557/12) v. 5.6.2014”, en *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht: Festschrift für Peter-Christian Müller-Graff zum 70. Geburtstag*, 2015, pp. 567-574; M. STÖBER, “Schadenersatzhaftung für Preisschirmeffekte bei Verstößen gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht”, *EuZW*, 25, 7, 2014, pp. 257-261; T. STÜHMEIER, “Bestimmungsfaktoren von Preisschirmeffekten”, *WuW*, 67, 7-8, 2017, pp. 379-381; T. THIEDE, “Mit Schirm, Charme und KONE: der Anscheinsbeweis der Kartellbefangenheit unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH: zugleich Anmerkung zum Urteil des LG Dortmund v. 21.12.2016, 80 O 90/14 (Kart)”, *NZKart*, 5, 2, 2017, pp. 68-71; M.A. VAQUERO, “Concurrence, responsabilité civile des membres d’un cartel, théorie de ‘l’effet ombrelle’: arrêt ‘Kone’”, *Revue du droit de l’Union européenne*, 3, 2014, pp. 588-592; P. WERNER, “EuGH verschärft Haftung für Kartellmitglieder: Preisschirmeffekt”, *DB*, 67, 29, 2014, pp. 1602-1603.

prohibida, en la que no participa (*umbrella pricing*)⁴⁰². El propio Tribunal de Justicia lo explica con estas palabras: “*A este respecto, procede señalar que el precio de mercado es uno de los principales elementos que una empresa toma en consideración cuando determina el precio al que ofrece sus productos o servicios. Cuando un cártel consigue mantener un precio artificialmente elevado para determinados productos y se dan determinadas condiciones de mercado relativas, en particular, a la naturaleza del producto o al tamaño del mercado afectado por el cártel, no cabe excluir que la empresa competidora, ajena a éste, elija fijar el precio de su oferta en un importe superior al que habría elegido en condiciones normales de competencia, es decir, si no existiera dicho cártel. En estas circunstancias, aunque la determinación de un precio de oferta se considere una decisión meramente autónoma, adoptada por una empresa no participante en un cártel, procede estimar que esta decisión se ha podido adoptar tomando como referencia un precio de mercado falseado por el cártel y, por consiguiente, contrario a las normas sobre competencia. [...] De ello se sigue que [...] el hecho de que el cliente de una empresa no participante en el cártel, pero beneficiaria de las condiciones económicas del efecto paraguas sobre los precios, sufra un daño debido a un precio de oferta superior al que habría existido en ausencia del cártel forma parte de los posibles efectos de dicho cártel, que sus miembros no pueden ignorar*”⁴⁰³.

208. Habría, pues, una *relación jurídico-material* entre la empresa compradora y la empresa vendedora ajena al cártel. Ésta opta por incrementar sus precios, aprovechando la subida de precios provocada por un cártel en el que no participa. Técnicamente su decisión es una manifestación del ejercicio del *principio de autonomía empresarial* irreprochable desde el punto de vista del Derecho antitrust europeo⁴⁰⁴. Habría, además, una *relación jurídico-procesal* entre la empresa compradora y, al menos, una empresa que integraba el cártel. Técnicamente, se extiende el nexo de causalidad que une al infractor con

⁴⁰² Comentada, *ad ex.*, por R.D. BLAIR/C. PIETTE DURRANCE/W. WANG, “The Kone Decision: Economic Logic and Damage Estimation”, *Antitrust Bull.*, 2016, pp. 393-422; J. COPPIK/J. HAUCAP, “Die Behandlung von Preisschirmeffekten bei der Bestimmung von Kartellschäden und Mehrerlösen”, *WuW*, 2016, pp. 50-57; N. DUNNE, “It never rains but it pours? Liability for ‘umbrella effects’ under EU competition law in Kone”, *C.M.L.Rev.*, 2014, pp. 1813-1828; J.-U. FRANCK, “Umbrella pricing and cartel damages under EU competition law”, *ECJ*, 2015, pp. 135-167; A. FRITZSCHE, “Jedermann kann: Anmerkungen zum Kone-Urteil des EuGH (Rs. EUGH Aktenzeichen C-557/12) zum Schadensersatz bei kartellbedingt eintretenden Preisschirmeffekten”, *NZKart*, 2014, pp. 428-431; C. HAMPTON, “What price an umbrella?”, *Competition Law Insight*, 13, 6, 2014, p.1; M. HARTMANN-RÜPPEL/K. SCHRADERER, “Es regnet Preiserhöhungen: Wie Preisschirme auch Unbeteiligte schädigen können”, *ZWeR*, 2014, pp. 300-317; I. HARTUNG/M. MERTEL, “Also sprach der EuGH zu ‘Umbrella Claims’”, *ÖZK*, 2014, pp. 163-167; K. HAVU, “Competition Restrictions, ‘Umbrellas’ and Damages Claims: Comment on Kone”, *G.C.L.R.*, 8, 3, 2015, pp.134-142; R. HOFFER, “Umbrella Pricing: EuGH bejaht Schadenersatzanspruch”, *ÖBl*, 2014, pp. 228-229; R. INDERST/S. THOMAS, “Zu den Prinzipien der Ermittlung von Schadensersatz bei Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht”, *WuW*, 2014, p. 667; M. ISRAEL/N. DIMOPOULOS/G. DOWELL, “A lift for claimantsAG Kokott hands down her opinion on umbrella pricing”, *Competition Law Insight*, 13, 5, 2014, pp. 12-13; A. KÜHNE, “EuGH: Schadensersatzpflicht von Kartellanten für Preisschirmeffekte bestätigt”, *BB*, 2014, p. 1552; T. LETTL, “Haftungsausfüllende Kausalität für einen Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen Art. 101 AEUV, § 1 GWB, insbesondere beim sog. ‘umbrella pricing’”, *WuW*, 2014, pp. 1032-1043; C. MARÉCHAL, “‘Ombrelle sur les prix’: quand le principe d’effectivité du droit de l’Union fait de l’ombre à l’autonomie procédurale des États membres”, *La Semaine Juridique - entreprise et affaires*, 2014, n° 30, pp. 35-39; C. MATRANGA, “Kone AG v OBB-Infrastruktur AG”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 2015, pp. 362-365; B. MEYRING/M. GOTLIEB, “Umbrella pricing. The ECJ has given a groundbreaking judgment in the Kone AG case”, *Competition Law Insight*, 13, 7, 2014, pp. 15-16; E. OLMEDO PERALTA, “A Legal Approach to the Kone Decision: Does the Private Enforcement of European Competition Law Need an Umbrella?”, *IIC*, 2016, pp. 697-722; N.I. PAUER, “Schadensersatzansprüche aufgrund von ‘Preisschirmeffekten’ bei Kartellverstößen”, *WuW*, 2015, pp. 14-26; C. PRIETO, “Cour de justice, 5e ch., 5 juin 2014, Kone AG et alii, aff. C-557/12, ECLI:EU:C:2014:1317”, en *Jurisprudence de la CJUE 2014*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 490-493; M. REPAS/T. KERESTES, “Neue Dimensionen der privaten Durchsetzung der EU-Wettbewerbsregeln: Preisschirmeffekte”, *Wirtschaft und Recht in Osteuropa*, 2015, pp. 74-77; C. ROBIN, “Coup de tonnerre dans le droit autrichien de la réparation des dommages”, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2015, n° 42, p. 46; T. SCHREIBER/V. SAVOV, “Kone v Commission: Umbrella Damages Claims”, *J.E.C.L. & Pract.*, 5, 8, 2014, pp. 548-550; J. SCHWARZE, “Schadensersatz beim sog. umbrella pricing im europäischen Wettbewerbsrecht: Anmerkungen zum Kone-Urteil des EuGH (Rs C-557/12) v. 5.6.2014”, en *Privatrecht, Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2015, pp. 567-574; M. STÖBER, “Schadensersatzhaftung für Preisschirmeffekte bei Verstößen gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht”, *EuZW*, 2014, pp. 257-261; J.H.V. STUYCK, “Damages for the loss caused by a cartel: the causal link comments on the Kone judgment of the Court of Justice of the EU”, *European Review of Private Law*, 23, 3, 2015, pp. 459-470; A. SVETLICHINI/M. BOTTA, “‘Umbrella Pricing’ in Private Enforcement of EU Competition Law and US Antitrust Law: Another Transatlantic Divergence?”, *Eur.L.Rev.*, 2016, pp. 399-411; P. WERNER, “EuGH verschärft Haftung für Kartellmitglieder – Preisschirmeffekt”, *DB*, 2014, pp. 1602-1603; J. ZÖTTL, “Kartellrecht: Umbrella Pricing – Kone”, *EuZW*, 2014, pp. 588-589.

⁴⁰³ STJUE 5 junio 2014, C-557/12, *Kone AG y otros*, ECLI:EU:C:2014:1317, §§ 29 y 30.

⁴⁰⁴ STJUE 5 junio 2014, C-557/12, *Kone AG y otros*, ECLI:EU:C:2014:1317, § 29.

sus supuestas víctimas, incluyendo en ellas no sólo a los perjudicados directos, sino también a los indirectos⁴⁰⁵ (= aquéllos que no contrataron con ninguno de los cartelistas y, pese a ello, pagaron precios más altos de lo que hubieran sido, si no hubiera existido el cártel)⁴⁰⁶. El Tribunal de Justicia justificó la legitimación procesal activa de la víctima indirecta en virtud del *principio de efectividad* del art. 101 TFUE: “[...] la plena efectividad del artículo 101 TFUE resultaría menoscabada si el derecho de cualquier persona a solicitar la reparación del perjuicio sufrido quedara subordinado por el Derecho nacional, de manera categórica e independientemente de las circunstancias específicas del caso, a la existencia de una relación de causalidad directa, excluyendo tal derecho debido a que la persona en cuestión ha tenido vínculos contractuales, no con un miembro del cártel, sino con una empresa no participante en éste, cuya política de precios, no obstante, es una consecuencia del cártel que ha contribuido a falsear los mecanismos de formación de los precios que rigen en los mercados competitivos”⁴⁰⁷. Habría, por último, ciertas condiciones para que se reconociera el *precio paraguas* y la supuesta víctima pudiera ejercitar la acción de reparación contra el cartelista o los cartelistas. *Primera*: El cártel debería ser la *ratio essendi* del falseamiento de precios que, de otro modo, hubieran existido en un mercado competitivo⁴⁰⁸. *Segunda*: los efectos del *precio paraguas* serían *previsibles* para las empresas integrantes del cártel⁴⁰⁹.

f) Algunos cartelistas individuales

209. También están legitimados para interponer acciones por daños anticompetitivos algunos *cartelistas individuales (einzelne Kartellbeteiligte)*, siempre que se cumplan ciertas condiciones, la más importante de las cuales es que no hayan sido líderes del cártel, sino meros participantes que no han tenido un destacado protagonismo en las trabas e imposiciones que supuso el acto competitivo⁴¹⁰. De lo contrario, carecerían de toda legitimidad para dirigirse contra antiguos compañeros de cártel ante los tribunales, solicitando el resarcimiento de los daños que hayan podido experimentar como consecuencia de un cártel en el que ellos mismos participaron: Sería fácil rechazar una pretensión de este tipo, recurriendo a criterios interpretativos como el *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* o las *unclean hands*⁴¹¹.

h) Legitimación pasiva. El caso especial de los grupos de sociedades

210. La Ley procesal española debe admitir la posibilidad de demandar a varias personas a la vez (art. 12 LEC) (M. VIRGÓS / F.J. GARCIMARTÍN)⁴¹². A partir de ahí, es la Ley que regula el fondo del

⁴⁰⁵ S. THIBAUT-LIGER, “La partie lésée et l’entité civilement responsable au sens de la directive sur les actions indemnitaires en droit de la concurrence”, en *Liber amicorum en l’honneur du professeur Joël Monéger*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 566.

⁴⁰⁶ STJUE 5 junio 2014, C-557/12, *Kone AG y otros*, ECLI:EU:C:2014:1317, §§ 33 y 34.

⁴⁰⁷ STJUE 5 junio 2014, C-557/12, *Kone AG y otros*, ECLI:EU:C:2014:1317, § 33.

⁴⁰⁸ STJUE 5 junio 2014, C-557/12, *Kone AG y otros*, ECLI:EU:C:2014:1317, § 34.

⁴⁰⁹ STJUE 5 junio 2014, C-557/12, *Kone AG y otros*, ECLI:EU:C:2014:1317, § 34.

⁴¹⁰ *Vid., ad ex.*, T. BALLARINO, “El Derecho antitrust comunitario y el art. 6 del Reglamento ‘Roma II’ (régimen conflictual y territorial, efecto directo)”, *AEDIP*, VII, 2007, pp. 407-420 (p. 413); T. HOLZMÜLLER/C. VON KÖCKRITZ, “Zur Kartellrechtswidrigkeit langfristiger Bezugsbindungen und ihrer prozessualen Geltendmachung”, *BB*, 2009, pp. 1712-1717 (pp. 1712-1714); T. LETTL, “Der Schadensersatzanspruch gemäss § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 81 Abs. 1 EG”, *ZHR*, 167, 2003, pp. 473-493 (p. 474); H. MICKLITZ, “Anm. zu EuGH, 20.9.2001, Rs. C-453/99, *Courage Ltd. gegen Bernard Crehan*”, *EWiR*, 2001, pp. 1141-1142 (p. 1142); W. MÖSCHEL, “Behördliche oder privatrechtliche Durchsetzung des Kartellrechts?”, en *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik: Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, pp. 1081-1094; C. NOWAK, “Anmerkung zu *Courage/Crehan*: Verhältnis von Art. 85 EGV zu englischem Wettbewerbsrecht”, *EuZW*, 2001, pp. 715-719 (p. 718); I. SANCHO GARGALLO, “Ejercicio privado de las acciones basadas en el Derecho comunitario y nacional de la competencia”, *InDret*, nº 1, 2009, pp. 1-35 (p. 11) (www.indret.com); H. WEYER, “Schadensersatzansprüche gegen Private kraft Gemeinschaftsrecht”, *ZEuP*, 2003, pp. 318-344 (pp. 327-328 y 330-332); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 77-78; W. WURMNEST, “Das Gemeinschaftsdeliktsrecht in der aktuellen Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte (2001-2003)”, *GPR*, 1-2, 2003-2004, pp. 129-138 (134-135).

⁴¹¹ A. HÖSCH, *Der schadensrechtliche Innenausgleich zwischen Kartellrechtsverletzen*, Baden-Baden, Nomos, 2015.

⁴¹² M. BÉHAR-TOUCHAIS/S. CARVAL, “Les débiteur des dommages et intérêts dus en cas de pratique anticoncurrentielle”, *Concurrences*, nº 4, 2015, pp. 84-100; G. KLUMPE/T. THIEDE, “Kritische Bemerkungen zum derzeitigen Stand einer europäischen Kartellschadenrichtlinie aus Sicht der deutschen Praxis. Teil 1, Einführung, Aktiv- und Passivlegitimation, Schaden”, *ÖZK*, nº 4, 2016, pp. 137-143; D. KÖNEN, “Die Passivlegitimation des Kartellschadensersatzes nach der 9. GWB-Novelle”, *NZKart*, 5, 1, 2017, pp. 15-20.

asunto (*lex causae*) la que establecerá la “existencia” de litisconsorcio pasivo (A. QUIÑONES ESCÁMEZ, I. AYALA CARDIÑANOS). Dicha Ley determinará los sujetos a los que alcanza el litisconsorcio pasivo necesario y la necesidad de existencia de tal litisconsorcio.

211. ➤ *Caso El cártel de las ceras para velas ante un tribunal holandés (2016)*. En 2009, la Comisión consideró que 28 personas jurídicas (pertenecientes a 10 empresas, y a las que, en algunos casos, se consideró responsables como sociedades matrices), cometieron una infracción única y continua del (actual) art. 101 TFUE, consistente en la *fijación de precios* y el *intercambio de información comercialmente sensible* referente al sector de las *ceras de parafina* en el EEE. En el caso de Dea (posteriormente Shell), ExxonMobil, MOL, Repsol, Sasol y Total esta infracción única y continua consistió, además en el *reparto de clientes y/o mercados* en el EEE. La infracción duró del 3 septiembre 1992 al 28 abril 2005, con diferencias entre las diversas personas jurídicas y empresas. En el caso de Dea (posteriormente Shell), ExxonMobil, Sasol y Total, esta infracción única y continua afectó también a la *slack wax* vendida a clientes finales en el mercado alemán, durante el período comprendido entre el 30 octubre 1997 y el 12 mayo 2004, con distinta duración entre las diversas personas jurídicas y empresas⁴¹³. Varias de las víctimas del cártel transfirieron sus derechos a indemnización por los daños que éste hubiera causado a CDC Project 14 SA, que interpuso una demanda en la jurisdicción holandesa contra varias de las empresas integrantes del cártel (Shell Petroleum N.V., Shell Deutschland Oil GmbH, Shell Deutschland Schmierstoff GmbH, Esso Société Anonyme Française, Total Raffinage Marketing S.A., Total S.A.). En el transcurso del procedimiento en los tribunales holandeses, se plantearon, entre otros, dos problemas jurídicos fundamentales: Primero: Cuáles eran las consecuencias de la reducción de las reclamaciones después de llegar la demandante a un acuerdo con varios demandados. En concreto, CDC había llegado a un acuerdo con Sasol, por el que esta empresa le liquidó la parte de indemnización que legalmente le correspondería y, a cambio, CDC ya no reclamaría esa cantidad en la demanda que interpusiera contra los demás cartelistas obligados a indemnizar. Como no constaba públicamente cuál era la cantidad desembolsada por Sasol, Shell alegó que CDC, por una parte, incumplía el *deber de decir la verdad* (art. 21 del Código holandés de procedimiento civil) y, por otra, que, si guardaba silencio al respecto, cabría presumir que era porque el total adeudado como indemnización había sido satisfecho. Segunda: Si era posible oponer a la demandante la *exceptio plurium litis consortium*. Las empresas demandadas sostuvieron que, en un caso donde los deudores son solidariamente responsables por el mismo daño, no es posible nunca pronunciarse sobre la obligación interna de contribuir -es decir, de contribuir individualmente cada uno de los deudores que formaron el cártel-, si se trata de procedimientos en los que no están involucrados todos los deudores solidarios. Solución → En cuanto a la *primera cuestión*, la sentencia del Tribunal de Distrito de La Haya 21 septiembre 2016, C-09-414499-HA ZA 12-293, resolvió que no existía una sola prueba que indicase que el daño sufrido por las empresas víctimas del cártel a las que CDC representaba ya hubiese sido totalmente compensado en su integridad mediante el acuerdo entre CDC y Sasol. Sólo, si hubiese una razón para suponer que la cantidad pagada por Sasol superó en mucho el importe de su obligación a contribuir, junto a los demás cartelistas, al pago de la indemnización de los daños antitrust causados, sería importante que se desvelase el monto exacto de la liquidación (= faltaba el más mínimo indicio de que la empresa con la que CDC llegó a un acuerdo hubiera pagado mucho más de lo que debía o, incluso, la totalidad de la deuda conjunta de los cartelistas + un dato importante: en todo caso, podría resolverse esta cuestión después de que hubiera una condena de cantidad que fijase el *quantum* indemnizatorio). En cuanto a la *segunda cuestión*, el Tribunal consideró que la excepción interpuesta no era correcta en términos generales ni en términos particulares, visto el contexto del Derecho antitrust y las circunstancias específicas del caso. Como señaló a Total, que planteó otra cuestión procedimental relacionada con la exhibición de documentos, lo relevante en el procedimiento principal sería la cantidad individual que le correspondería pagar a Sasol frente a las que les correspondiesen a los otros integrantes del cártel y no la cantidad que efectivamente pagó a CDC, gracias al acuerdo al que llegaron⁴¹⁴.

⁴¹³ Vid. resumen de Dec.Com. 1 octubre 2008, COMP/C.39181 — *Ceras para velas*, DO C 4 diciembre 2009.

⁴¹⁴ Sentencia Rechtbank Den Haag 21-09-2016, C-09-414499-HA ZA 12-293, *CDC Project 14 SA/Shell Petroleum N.V., Shell Deutschland Oil GmbH, Shell Deutschland Schmierstoff GmbH, Esso Société Anonyme Française, Total Raffinage Marketing S.A., Total S.A.*, ECLI:NL:RBDHA:2016:11305.

212. Un problema muy delicado es el que plantean los denominados *grupos de sociedades*. Como es sabido, en el Derecho antitrust europeo se considera que, en determinadas circunstancias, el hecho de que personas jurídicas formalmente independientes operen en el mercado con la lógica de una sola empresa, lleva a considerarlas una *unidad económica* (*wirtschaftliche Einheit*, *single economic entity doctrine*) o, dicho con otros términos, *una empresa* a efectos del cumplimiento de las obligaciones del Derecho europeo de la competencia y, en particular, de la imposición de sus sanciones (salvo las relaciones *intragruppo* entre la sociedad matriz y las sociedades filiales o entre sociedades hermanas) (*principio de la unidad del grupo*, *Konzernprivileg*)⁴¹⁵. Dicho con otros términos, en la práctica, las sociedades ma-

⁴¹⁵ Sobre el *Derecho de la competencia y los grupos de sociedades*, *vid., ad ex.*, L. ABERLE/P.M. HOLLE, "Aufsichtspflichte im Unternehmensverbund", en J. EISELE/J. KOCH/H. THEILE (HRSG.), *Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund*, Tübingen, 2014, pp. 117-136; B. AHRENS, "Kartellrecht, akzessorische Haftung der Muttergesellschaft für Kartellverstöße der Tochter: Bußgeldhöhe: EuGH (Fünfte Kammer), Urt. v. 17.9.2015, C-597/13 P (Total/Kommission): Anmerkung", *EuZW*, 26, 22, 2015, pp. 872-873; F. AMATO/F. LIBERATORE/A. DELLA NEGRA, "La responsabilità delle capogruppo per le violazioni del diritto antitrust europeo commesse dalle controllate: presunzione relativa o, di fatto, assoluta?", *Contratto e impresa. Europa*, XIX, 1, 2014, pp. 334-346; P. BEHRENS, "Parental liability for subsidiary's infringements of Article 101 TFEU: an analysis of recent case-law", en *Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner: Recht im ökonomischen Kontext*, Tübingen, 2014, pp. 455-463; U. BLAUROCK, "Kartellbußgeldhaftung und gesellschaftsrechtlicher Rückgriff", en *Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag*, München, 2014, pp. 107-119; M.-N. BLOME, *Rechtsträgerprinzip und wirtschaftliche Einheit: Haftungssubjekte im Wettbewerbsrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2016; B. BLOTTIN, "Le comportement anticoncurrentiel de la filiale en contradiction flagrante avec les instructions de sa société mère: CJUE, 16 juin 2016, Evonik Degussa et AlzChem/Commission, aff. C-155/14 P, EU:C:2016:446", *R.A.E.*, 22, 2, 2016, pp. 309-316; D. BRAUN/M. KELLERBAUER, "Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften bei Zuwiderhandlungen gegen das EU-Wettbewerbsrecht. Teil 1", *NZKart*, 3, 4, 2015, pp. 175-181; D. BRAUN/M. KELLERBAUER, "Das Konzept der gesamtschuldnerischen Verantwortlichkeit von Konzerngesellschaften bei Zuwiderhandlungen gegen das EU-Wettbewerbsrecht. Teil 2", *NZKart*, 3, 5, 2015, pp. 211-216; H. BREITEL/S. THOMAS, "Der Vorschlag einer bußgeldrechtlichen 'Konzernhaftung' nach §81 Abs. 3a RefE 9. GWB-Novelle", *WuW*, 66, 7-8, 2016, pp. 336-341; C. BÜRGER, "Unternehmensinterne Aufteilung einer Geldbuße der Kommission: zugleich Anmerkung zu BGH, Urt. v. 18.11.2014, KZR 15/12, Calciumcarbid-Kartell II", *WuW*, 65, 4, 2015, pp. 348-355; W. CARSTENSEN, *Die Anwendbarkeit des Konzernprivilegs im Rahmen von Art. 102 AEUV*, Frankfurt am Main, PL Academ ic Research, 2016; B. CHEYNEL, "La responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales", en V. GIACOBBO-PEYRONNEL/C. VERDURE (DIR.), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union européenne: questions d'actualité et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 251-271; M.C. CORRADI, "Bridging the gap in the shifting sands of non-controlling financial holdings?", *World Compet.*, 39, 2, 2016, pp. 239-265; F. GHEZZI/M. MAGGIOLINO, "L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra 'responsabilità personale' e finali à dissuasive", *R. soc.*, 59, 5, 2014, pp. 1060-1123; N.F.W. HAUGER/C. PALZER, "Kartellbußen und gesellschaftsrechtlicher Innenregress", *ZGR*, 44, 1, 2015, pp. 33-83; M. VON HESBERG, *Das Bestehen ordnungswidrigkeitsrechtlicher Aufsichtspflichten im Konzernverbund aus dem Blickwinkel von § 130 OWiG: eine Untersuchung zu Anwendbarkeit und Auswirkungen der Norm auf Konzernebene*, Baden-Baden, Nomos, 2016; A. HIERSCH, "Internal allocation of cartel fines within the single economic entity", *ÖZK*, n° 3, 2016, pp. 83-96; P. HUGHES, "Competition law enforcement and corporate group liability: adjusting the veil", *Eur.Compet.L.Rev.*, 35, 2, 2014, pp. 68-87; S.F. JANKA, "Parent liability and claims for recovery between joint and several debtors according to EU antitrust law", *Eur.Compet.L.Rev.*, 35, 12, 2014, pp. 594-600; Id., "Parent company liability in German and EU competition law: two worlds apart?", *J.E.C.L. & Pract.*, 7, 9, 2016, pp. 614-619; B. KASTEN, "Sippenhaftung vs. Konzernprivileg?: wettbewerbsrechtliche Entscheide bei Konzernsachverhalten", en I. HOCHREUTENER/W. STOFFEL/M. AMSTUTZ (HRSG.), *Wettbewerbsrecht: jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung: Konzernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht = Droit de la concurrence: les destinataires de décisions dans les groupes de sociétés*, Zürich, Bern, Schulthess, Growth Publisher Law, 2015, pp. 9-48; M. KELLERBAUER, "Die Einordnung der Rechtsprechung der EU-Gerichte zur gemeinschaftlichen Haftung für Kartellbußen in Konzernen in das Recht der EU und der EMRK", *WuW*, 64, 12, 2014, pp. 1173-1184; C. KERSTING, "Die Rechtsprechung des EuGH zur Bußgeldhaftung in der wirtschaftlichen Einheit", *WuW*, 64, 12, 2014, pp. 1156-1173; Id., "Haftung von Schwester- und Tochtergesellschaften im europäischen Kartellrecht", *ZHR*, 182, 1, 2018, pp. 8-31; R. KLIEBISCH, *Das Gemeinschaftsunternehmen im Kartell- und Konzernrecht*, Jena, 2014; J. KOCH, "Der kartellrechtliche Kronzeugenantrag im Konzern", en T. ACKERMANN/J. KÖNDGEN (HRSG.), *Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa: Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2015, pp. 279-297; M. KLING, "Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen", *WRP*, 2010, pp. 506-518; J. KOCH/R. HARNOS, "Der Konzern als Außengesellschaft bürgerlichen Rechts?", en J. EISELE/J. KOCH/H. THEILE (HRSG.), *Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund*, Tübingen, 2014, pp. 171-188; C. KÖNIG, "Haftung für vermutete Kontrolle: Neues zur wirtschaftlichen Einheit im Kartellrecht", *EuZW*, 28, 7, 2017, pp. 241-242; Id., "An economic analysis of the single economic entity doctrine in EU competition law", *JCLE*, 13, 2, 2017, pp. 281-327; B. LEUPOLD, "Effective enforcement of EU competition law gone too far? Recent case law on the presumption of parental liability", *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 11, 2013, pp. 570-582; T. MÄGER, "Eltern haften für ihre Kinder?!", *NZKart*, 3, 8, 2015, pp. 329-330; T. MÄGER/F. VON SCHREITTER, "RefE zur 9. GWB-Novelle: verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Ausweitung einer bußgeldrechtlichen Konzernhaftung", *DB*, 69, 37, 2016, pp. 2159-2165; P. MANZINI, "Rethinking the parental liability for antitrust infringements", *Il diritto dell'Unione europea*, n° 4, 2016, pp. 709-739; M. MARTYNISZYN, "How high (and far) can you go?: on setting fines in cartel cases involving vertically-integrated undertakings and foreign sales", *Eur.Compet.L.Rev.*, 37, 3, 2016, pp. 99-107; B. MERKT, "Responsabilité au sein des groupes de société et destinataires des décisions en droit de la concurrence", en I. HOCHREUTENER/W. STOFFEL/M. AMSTUTZ (HRSG.), *Wettbewerbsrecht: jüngste Entwicklungen in der Rechtsprechung: Kon-*

trices (*parent companies*) tienen, en principio, que afrontar la imposición de multas por incumplimiento del Derecho antitrust, incluso si esta infracción fue cometida exclusivamente por una filial que obró individualmente y por su cuenta, sin que la sociedad matriz tuviera ningún conocimiento de ello⁴¹⁶.

213. Cabría, pues, preguntarse si el *principio de la unidad del grupo* es extrapolable al ámbito del resarcimiento de los daños causados por comportamientos anticompetitivos⁴¹⁷. De ser así, se trataría de “otro elemento básico para la aplicación efectiva de las pretensiones de los dañados por un cártel” (*ein weiterer Baustein zur effektiven Durchsetzung der Ansprüche Kartellschädigter*) (M. KLOTZ)⁴¹⁸.

214. No obstante, una cosa es que aparentemente sea conveniente y otra, muy distinta, que esa posibilidad, hoy por hoy, sea ajustada a Derecho. Cabe adoptar varias posturas ante este problema⁴¹⁹.

zernsachverhalte und Konzernbegriff aus kartellrechtlicher Sicht = Droit de la concurrence: les destinataires de décisions dans les groupes de sociétés, Zürich, Bern, Schulthess, Growth Publisher Law, 2015, pp. 67-94; H.J. MEYER-LINDEMANN/C.G.Y. VON WARTENBURG/A. KAFETZPOULOS, “Private equity investors are not immune to antitrust risks in the European Union”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 35, 8, 2014, pp. 367-368; S.J. MOBLEY/D. MOURKAS/G. MURRAY, “Parent liability for joint venture parents: the Courts’ ‘El du Pont’ and ‘Dow Chemical’ judgments in conflict with optimal compliance incentives”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 35, 10, 2014, pp. 499-508; O. ODUDU/D. BAILEY, “The single economic entity doctrine in EU competition law”, *C.M.L.Rev.*, 51, 6, 2014, pp. 1721-1757; M. OLAERTS/C. CAUFFMAN, “Química: further developing the rules on parent-company liability”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 32, 9, 2011, pp. 431-440; K.-U. OPPER, *Die gesamtschuldnerische Bußgeldhaftung für Kartellverstöße innerhalb eines Konzerns*, Baden-Baden, Nomos, 2016; L.F. PACE, “Dura lex sed lex: the parent-subsidiary relationship in EU antitrust law and the AEG Telefunken presumption: independence of the EU legal system, effectiveness of competition law and protection of fundamental rights”, en M. MARQUIS/R. CISOTTA (Eds.), *Litigation and arbitration in EU competition law*, Cheltenham, 2015, pp. 141-158; N.I. PAUER, *The single economic entity doctrine and corporate group responsibility in European antitrust law*, Alphen aan den Rijn, 2014; L. SALVINI RIZZATO, “‘La donna è mobile’: l’imputazione de la récidive dans un groupe de sociétés en droit européen de la concurrence: CJUE, 5 mars 2015, Versalis et Eni Spa/Commission, aff. jointes C-93 et 123/13P”, *R.A.E.*, 22, 1, 2015, pp. 221-227; U. SCHNELLE, “Die Aufteilung von Bußgeldern im Konzern”, *WuW*, 65, 4, 2015, pp. 332-348; L. SOLEK/S. WARTINGER, “Parental liability: rebutting the presumption of decisive influence”, *J.E.C.L. & Pract.*, 6, 2, 2015, pp. 73-84; A. STANKA, *Die vertikale Haftungszurechnung wettbewerbsrechtlicher Zuwiderhandlungen im Konzern: eine Betrachtung der Konzepte “wirtschaftliche Einheit” und “Einflussnahmevermutung” unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten und unter besonderer Berücksichtigung gemeinsam kontrollierter Unternehmen*, Berlin, Lit, 2015; S. STENDER, *Kartellgeldbußen gegen Muttergesellschaften von paritätischen Gemeinschaftsunternehmen*, Köln, Heymann, 2016; J. TEMPLE LANG, “How can the problem of the liability of a parent company for price fixing by a wholly-owned subsidiary be resolved?”, *Fordham Int.L.J.*, 37, 5, 2014, pp. 1481-1524; D.A. VERSE/R.R. WIERSCH, “Gesamtschuldnerausgleich für Kartellbußen in der wirtschaftlichen Einheit: Besprechung BGH, Urt. v. 18.11.2014, KZR 15/12, Calciumcarbid-Kartell II”, *ZWeR*, 13, 1, 2015, pp. 21-33; B. WARDHAUGH, “Punishing parents for the sins of their child: extending EU competition liability in groups and to subcontractors”, *JAE*, 5, 1, 2017, pp. 22-48; T.C. WIESENACK/N.C. KLEIN, “Rechtspraktische Entwicklungen bei der Strukturierung und Organisation von Unternehmensverbänden: eine Darstellung und Würdigung aktueller empirischer Daten, erhoben vor dem Hintergrund der Diskussion um den ordnungswidrigkeitenrechtlichen Sanktionsdurchgriff”, en J. EISELE/J. KOCH/H. THEILE (Hrsg.), *Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund*, Tübingen, 2014, pp. 5-72.

⁴¹⁶ M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 229; A. RIESENKAMPPFF/U. KRAUSHAUSEN, “Liability of parent company for antitrust violation of subsidiaries”, *Eur. Compet.L.Rev.*, 2010, pp. 38-41.

⁴¹⁷ P. VON HÜLSEN/B. KASTEN, “Passivlegitimation von Konzernen im Kartell-Schadenersatzprozess? – Gedanken zur Umsetzung der Richtlinie 2014/104/EU”, *NZKart*, 2015, pp. 296-307; M. KLEIN, “Wirtschaftliche Einheit und Gemeinschaftsunternehmen – Konzernprivileg und Haftungszurechnung”, *ZWeR*, 2011, pp. 169-191; M. KLOTZ, *Wirtschaftliche Einheit und Konzernhaftung im Kartellzivilrecht*, Köln, Heymann, 2016; Id., “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, pp. 226-229; K. LEFFRANG, *Die Passivlegitimation im kartellrechtlichen Schadenersatzprozess: die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochtergesellschaft*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2014; R. VAN LEUKEN, “Parental liability for cartel infringements committed by wholly owned subsidiaries: is the approach of the European Court of Justice in Akzo Nobel also relevant in a private-law context?”, *European Review of Private Law/Revue européenne de droit privé/Europäische Zeitschrift für Privatrecht*, 24, 3-4, 2016, pp. 513-527; T. WECK, “Das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip – Verabschiedung einer Illusion im Kartellrecht”, *NZG*, 2016, pp. 1374-1377.

⁴¹⁸ M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 226.

⁴¹⁹ *Vid.*, ad ex, M. BÉHAR-TOUCHAIS, “Imputabilité d’une pratique anticoncurrentielle de la filiale à sa mère et action privée: CJUE, 10 avr. 2014, nos C-247/11 et C-253/11, Areva e.a. c/ Commission”, *Revue des contrats*, 4, 2014, pp. 730-734; J.D. BRIGGS/S. JORDAN, “Developments in the law: the presumption of shareholder liability and the implications for shareholders in private damages actions and otherwise”, *G.C.L.R.*, 2, 4, 2009, pp. 203-209; A. JÜCHSER, “Gesamtschuldnerausgleich zwischen Mutter- und Tochtergesellschaft im Fall des Schadenersatzes nach deutschem und europäischem Kartellrecht”, *WuW*, 62, 11, 2012, pp. 1024 y 1048-1056; C. KERSTING, “Haftung von Schwester- und Tochtergesellschaften im europäischen Kartellrecht”, *ZHR*, 182, 1, 2018, pp. 8-31; M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzern-muttergesellschaft für Kartellverstöße

215. Según el *principio de separación corporativa* (*Grundsatz der Gewaltenteilung, Trennungsprinzip, Rechtsträgerprinzip*), las personas jurídicas sólo son responsables de sus propias obligaciones⁴²⁰. Gracias a él, se consigue que: (a) los accionistas de una sociedad de capital, en principio, no respondan de las deudas sociales⁴²¹. (b) Las sociedades individuales integradas en un grupo de sociedades (*Schwesterengesellschaften*) se relacionen entre ellas y con la sociedad matriz (*Muttergesellschaft*) como entidades jurídicas independientes; de tal manera que cada sociedad sólo sea responsable, en principio, de sus propias obligaciones⁴²². Cabría la posibilidad de interpretar -es cierto- que el *principio de separación corporativa* (*Trennungsprinzip*) mantiene su validez, cuando se pretende demandar civilmente por daños anticompetitivos a otras empresas del grupo, que no han participado directamente en los actos colusorios o abusivos. Pero también cabría interpretar -y no es menos cierto- que se trata de un *principio de Derecho societario* que surgió en una época en la que nadie imaginaba la importancia que tendrían las acciones de resarcimiento de los daños anticompetitivos y que, como tal principio, conoce excepciones. Es más, como dispone el art. 3.1 CC, “[l]as normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la **realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas**”. Cabría, pues, preguntarse si, en este tipo de cuestiones, no debiera reconocerse una excepción, ya fuese por el legislador o, ante su pasividad, si no debiera ser objeto de desarrollo jurisprudencial.

Esta interpretación podría hacer valer en su favor que ningún legislador de los Estados miembros de la UE ha aprovechado la introducción de la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 noviembre 2014 para proclamar la responsabilidad civil de los grupos de sociedades por daños anticompetitivos⁴²³. Dicho con otros términos, resultaría aplicable el antiguo principio interpretativo conforme al cual “donde la ley no distingue, tampoco debemos distinguir nosotros” (*ubi*

ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, pp. 226-229; D. KÖNEN, “Transformation einer europäischen Rechtsfigur in das deutsche Recht: das Wagnis der Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs in das nationale Deliktsrecht”, en *Perspektiven einer europäischen Privatrechtswissenschaft: Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler: München 2016*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 159-195; J. KOKOTT/D. DITTERT, “Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte”, *WuW*, 2021, pp. 670-683; M. MOSER, *Konzernhaftung bei Kartellrechtsverstößen: Haftet eine Muttergesellschaft auch zivilrechtlich für ihre Töchter?*, Baden-Baden, Nomos, 2017; A. PETRASINCU, “Kartellschadensersatz nach dem Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle”, *WuW*, 66, 7-8, 2016, pp. 330-336; A. SCHEIDTMANN, “Schadensersatzansprüche gegen eine Muttergesellschaft wegen Verstößen einer Tochtergesellschaft gegen europäisches Kartellrecht?”, *WRP*, 56, 4, 2010, pp. 499-505; R. SAINT-ESTEBEN, “La question de la responsabilité civile des sociétés mères du fait des infractions aux règles de concurrence commises par leurs filiales: la voix du silence”, *Concurrences*, n° 3, 2014, pp. 5-7; A. SCHEIDTMANN, “Schadensersatzansprüche gegen eine Muttergesellschaft wegen Verstößen einer Tochtergesellschaft gegen europäisches Kartellrecht?”, *WRP*, 56, 4, 2010, pp. 499-505; U. SUCHSLAND/N. ROSSMANN, “Verpflichtet die Kartellschadensersatzrichtlinie zur Übernahme des europäischen Unternehmensbegriffs in das deutsche Recht?”, *WuW*, 65, 10, 2015, pp. 973-981; S. THIBAUT-LIGER, “La partie lésée et l’entité civilement responsable au sens de la directive sur les actions indemnitaires en droit de la concurrence”, en *Liber amicorum en l’honneur du professeur Joël Monéger*, Paris, Lexis-Nexis, 2017, pp. 561-575; S. THOMAS/S. LEGNER, “Die wirtschaftliche Einheit im Kartellzivilrecht”, *NZKart*, 4, 4, 2016, pp. 155-160; S. WACHS, “Faktische Übernahme des wirtschaftlichen Unternehmensbegriffs für die Passivlegitimation bei Follow-on-Klagen?”, *WuW*, 67, 1, 2017, pp. 2-8; T. WECK, “Ein Gebot der Fairness: Übernahme des EU-Unternehmensbegriffs ins deutsche Kartellrecht”, *WuW*, 66, 9, 2016, pp. 404-410; J. WESSING/M. JANSSEN, “Auswirkungen der 9. GWB-Novelle auf kartellrechtliche Bußgeldverfahren”, *WuW*, 67, 5, 2017, pp. 253-256; R.T. WIESER, *Wirtschaftliche Einheiten im europäischen Kartellprivatrecht: eine rechtsvergleichende Studie zur Haftung von wirtschaftlichen Einheiten im deutschen und englischen Schadensersatzrecht für Verstöße gegen europäisches Kartellrecht*, Jena, Societas Verlag, 2017.

⁴²⁰ T. KRUIS, “Passivlegitimation”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 244.

⁴²¹ T. KRUIS, “Passivlegitimation”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 244.

⁴²² R. INDERST/S. THOMAS, *Schadensersatz bei Kartellverstößen: eine Untersuchung der juristischen und ökonomischen Grundlagen, Methoden und damit verbundenen Rechtsfragen betreffend die Ermittlung des Schadens bei Verstößen gegen das Kartellverbot*, Düsseldorf, Handelsblatt Fachmedien, 2015, p. 77; M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 229; T. KRUIS, “Passivlegitimation”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, pp. 244-245; T. WECK, “Das gesellschaftsrechtliche Trennungsprinzip – Verabschiedung einer Illusion im Kartellrecht”, *NZG*, 2016, p. 1375.

⁴²³ A. PETRASINCU, “Kartellschadensersatz nach dem Referentenentwurf der 9. GWB-Novelle”, *WuW*, 66, 7-8, 2016, p. 336; J. WESSING/M. JANSSEN, “Auswirkungen der 9. GWB-Novelle auf kartellrechtliche Bußgeldverfahren”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 253.

lex non distinguit, nec nos distinguere debemus)⁴²⁴. Ahora bien, como ha observado M. KLOTZ, esto no puede interpretarse como un “silencio elocuente”, en el sentido de que no se desea la responsabilidad de todo un grupo, sino más bien que, dado que no hay ninguna indicación del legislador, la respuesta a la cuestión se confía a los tribunales⁴²⁵.

216. Ante la ausencia de una disposición legal *ad hoc*, los tribunales de los Estados miembros de la UE se ha pronunciado en diversos sentidos. Así, *ad ex.*, en Alemania, decisiones del LG Berlín y del LG Düsseldorf han sido contrarias al reconocimiento de una responsabilidad civil del grupo de sociedades por infracción de las normas del Derecho de la competencia⁴²⁶; mientras que el TS austríaco ha sido favorable a la posibilidad de demandar a la sociedad matriz por los actos anticompetitivos realizados por las filiales del grup ⁴²⁷.

217. ➤ *Caso 1. Cártel de ascensores: follow-on action ante tribunal holandés (2016)*. En 2007, la Comisión multó con alrededor de 990 millones de euros a varias empresas por infringir el (actual) art. 101 TFUE. Estas empresas se habían asignado licitaciones y contratos entre sí en Bélgica, Alemania, Luxemburgo y los Países Bajos, con el fin de repartirse mercados y fijar precios, habían estipulado mecanismos de compensación en algunos casos, intercambiado información sobre volúmenes de venta y precios y participado en reuniones regulares y otros contactos para acordar y ejecutar dichas restricciones. Entre las empresas sancionadas, no sólo figuraban algunas filiales de los grupos Otis, Kone, Schindler y ThyssenKrup, que habían participado en el cártel, sino también las sociedades matrices de estos cuatro grupos industriales, de las que cabía presumir que, aunque no hubieran tenido parte activa directa en las infracciones cometidas, conservaban una influencia decisiva sobre sus filiales, que, sin embargo, no fue utilizada para que estas últimas ajustaran su conducta a la legalidad vigente (Resumen de la Dec.Com. 21 febrero 2007 [COMP/E-1/38.823 — Ascensores y escaleras mecánicas], DO C 75 de 26 marzo 2008). East West Debt (EWD), que representaba a ciento cuarenta y cuatro establecimientos sanitarios, interpuso una *follow-on action* contra las filiales y las respectivas sociedades matrices de los grupos Otis, Kone, Schindler y ThyssenKrup (*elevator cartel on the Dutch market*) ante el Tribunal de Distrito de Utrecht (Holanda) (= *imputability of harm within parent-subsidiary relationships*). Cabía preguntarse si este tribunal holandés recurriría a las nociones de “empresa”, de “unidad económica” o de “influencia determinante” para condenar tanto a las filiales como a las sociedades matrices. Solución → La respuesta fue negativa. El Tribunal de Distrito de La Haya no sólo consideró que EWD no había probado que el cártel de los ascensores hubiera causado “daño” a las empresas que representaba, durante el período en el que tuvo lugar la infracción, sino que proclamó que: 1) la responsabilidad de la sociedad matriz por los actos de sus filiales es la excepción y no la regla en el Derecho holandés; 2) la presunción de la “influencia determinante” de las sociedades madres no es extrapolable del ámbito del Derecho antitrust al ámbito de la responsabilidad civil (= no demuestran que estén implicadas el hecho de que la probabilidad de que las sociedades matrices no lo estuviesen fuese muy pequeña ni tampoco el hecho de que se constituyeran cárteles de ascensores casi simultáneamente en cuatro Estados miembros de la UE); 3) como consecuencia de todo lo anterior, el demandante que solicita la reparación del daño causado por un cártel, tiene que probar la implicación de las sociedades matrices en el cártel: No cabía alegar, como hizo el demandante, que las sociedades matrices tenían que estar implicadas, visto que había cárteles de ascensores en cuatro Estados miembros que habían sido constituidos por sus filiales casi simultáneamente. No es suficiente la afirmación de que sería muy pequeña la probabilidad de que las sociedades matrices no estuvieran implicadas para que esto último se considere probado, sino que se trataría, en el mejor de los casos, de una tautología. A resultas de todo esto, la sentencia de

⁴²⁴ *Digesto*, 6, 2, 8.

⁴²⁵ M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 226.

⁴²⁶ Sentencia LG Berlin 6 agosto 2013, 16 0 193/11; sentencia LG Düsseldorf 8 septiembre 2016, 37 0 27/11 (Kart), *WuW*, 2017, p. 106 - Fahrtreppenkartell.

⁴²⁷ Auto ÖOGH 2 agosto 2012, 4 Ob 46/12 m, *WuW*, 2013, 313, § 7.4 - Debitkarten.

la *District Court of the Middle-Netherlands* 20 julio 2016 en el *cártel de los ascensores y escaleras mecánicas* desestimó la demanda por daños y perjuicios en su totalidad⁴²⁸.

218. ➤ *Caso 2. Cártel de la harina: acción de Derecho administrativo sancionador ante tribunal holandés (2017)*. Pocos meses después, el Tribunal de Distrito de Rotterdam tuvo que solventar un problema, pero no ante una acción civil de resarcimiento del daño, sino administrativa de imposición de multas: el de si el principio de imputabilidad a las empresas o, si se prefiere, la imputación a las sociedades matrices de las infracciones del Derecho de la competencia por sus filiales, cuando aquéllas son capaces de ejercer una *influencia decisiva* sobre la conducta de estas últimas, era aplicable a los accionistas (= *imputability of the behaviour of shareholders*), que eran *fondos de capital riesgo*. Solución → Según la sentencia del Tribunal de Distrito de Rotterdam 26 enero 2017, la respuesta era, sin lugar a dudas, afirmativa. No había razón alguna para excepcionar el principio de imputabilidad del daño a la empresa matriz, siempre que ésta tuviera o fuese capaz de tener una *influencia decisiva* sobre la filial que participaba en el cártel (era el *cártel de la harina*), cosa que estaba clara en el caso concreto de que se trataba; puesto que existían vínculos económicos, organizativos y jurídicos entre las partes: “*El tribunal no ve [...] por qué en el caso de los fondos de inversión (empresas de capital privado) la doctrina no se aplica. Una empresa de capital privado administra uno o más fondos de inversión que, a su vez, adquieren participaciones en varias compañías (compañías de cartera). La teoría de asignación puede aplicarse a varias empresas que pertenecen a la misma cadena y no excluye a las empresas de inversión. Es relevante considerar la cuestión de si las empresas de cartera determinan su comportamiento con independencia o si la empresa de capital riesgo tiene una influencia decisiva que hace imposible decir que las empresas de la cartera actúan de forma independiente y que son una entidad económica con la empresa de capital privado. Después de todo, el comportamiento y los poderes de una empresa de capital privado no tienen por qué ser iguales a los de un mero inversor financiero. / El Tribunal de Distrito opina que, sobre la base de todos los hechos e indicaciones, [el actor][...] consideró acertadamente que existían vínculos económicos, organizativos y jurídicos que tenían una influencia decisiva*”⁴²⁹.

219. Con el fin de evitar esta falta de uniformidad a la hora de solucionar el problema de la responsabilidad civil de los grupos de sociedades derivada de ilícitos concurrenciales, la doctrina se ha esforzado por extraer *diversos argumentos* a partir del Derecho de la UE y a partir del propio Derecho nacional de los Estados miembros. *Grosso modo*, se trataría conforme a la sistemática de M. KLOTZ de los siguientes:

220. 1º) *La existencia de un modelo de responsabilidad civil basado en la “unidad económica” del grupo, que estaría presente en la propia Directiva de daños antitrust*. Conviene distinguir dos posibles escenarios para el debate:

- a) *La propia Directiva de daños anticompetitivos*: En efecto, la Directiva define al “infractor” como “la empresa o asociación de empresas que haya cometido una infracción del Derecho de la competencia” (art. 2.2 Directiva de daños antitrust)⁴³⁰. Frente a esta opinión, se alza un sector doctrinal que la considera una interpretación literal, un caso aislado semejante a una especie de *salto de pentagrama*, que se apoya en un modelo europeo de responsabilidad civil del grupo de sociedades, que realmente no existe, que no viene corroborado ni por el resto de la Directiva ni por el Derecho europeo originario y que legalmente carece de fun-

⁴²⁸ District Court of Midden Nederland, 20 July 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:4284.

⁴²⁹ District Court of Rotterdam, 26 January 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:588, § 14.4..

⁴³⁰ F.C. HAUS/M. SERAFIMOVA, “Neues Schadensersatzrecht für Kartellverstöße: die EU-Richtlinie über Schadensersatzklagen”, *BB*, 69, 48, 2014, p. 2884; C. KERSTING, “Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht”, *WuW*, 64, 6, 2014, p. 565; ID., “Die Rechtsprechung des EuGH zur Bußgeldhaftung in der wirtschaftlichen Einheit”, *WuW*, 64, 12, 2014, p. 1171; A.I. KÜHNE/S. WOITZ, “Die neue EU-Kartellschadensersatzrichtlinie: ‘Follow-on’-Klagen auf Schadensersatz werden gefährlicher”, *DB*, 68, 18, 2015, pp. 1028-1029; T. MAKATSCH/A.S. MIR, “Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen: Angst vor der eigenen ‘Courage’?”, *EuZW*, 26, 1, 2015, p. 8; C. VOLLRATH, “Das Maßnahmenpaket der Kommission zum wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzrecht”, *NZKart*, 1, 11, 2013, pp. 434-446 (p. 438).

damento; puesto que supondría una armonización del Derecho de sociedades de los Estados miembros de la UE, que, como tal, hubiera debido basarse en el art. 50.2, letra g), TFUE, cosa que no aparece en ninguna parte de la Directiva de daños anticompetitivos⁴³¹.

- b) *Fuera de la Directiva de daños anticompetitivos: el principio de efectividad (Effektivitätsprinzip)*: Pero el Derecho de la UE sobre responsabilidad civil por daños anticompetitivos no se agota en la Directiva 2014/104/UE. Cabe recurrir a los principios formulados por el TJUE y, en concreto al *principio de efectividad*. Cuanto más amplio sea el círculo de los demandados, más probable es que el actor pueda satisfacer sus pretensiones. No es extraño, pues, que, como ha señalado con acierto T. KRUIS, resulte atractiva, en la práctica, la idea de demandar no sólo a la sociedad directamente responsable de la infracción del Derecho antitrust, sino también a otras sociedades pertenecientes al mismo grupo de sociedades, en especial, la sociedad matriz⁴³². Existen, en efecto, *tres razones* a favor de esta idea. *Primera*: Se reduce el riesgo de impago (*das Forderungsausfallrisiko*), cuando se teme que los recursos financieros de la sociedad demandada susceptibles de embargo no sean suficientes o, incluso, se tema que los tribunales la declaren en quiebra⁴³³. *Segunda*: Si se recurre, como vimos, al foro de la conexidad (art. 8.1 RB I-bis), y se demanda a la sociedad matriz, se amplía notablemente el abanico de posibilidades para demandar a otras sociedades (filiales hermanas dentro del grupo de sociedades), estén en el territorio del Estado del foro o, incluso, fuera de él⁴³⁴. *Tercera*: Es la única solución a la vista, cuando la sociedad imputada/condenada por el acto anticompetitivo ha dejado de existir como consecuencia de su liquidación o de su adquisición por otra sociedad⁴³⁵.

En definitiva, como apunta S. THIBAUT-LIGER, lo que está en juego para la víctima es poderse dirigir hacia entidades solventes, que puedan hacer frente al resarcimiento de la totalidad del daño causado por los actos competitivos: la *importación de la noción de empresa* del Derecho antitrust europeo para calificar a la entidad deudora de la reparación del daño no sería más que el expediente necesario para ello⁴³⁶.

Por el contrario, quienes defienden el *principio de separación corporativa* creen que hay que distinguir, como hacían los antiguos escolásticos; puesto que el que no distingue, confunde. En primer lugar, no todos los obstáculos a los que tienen que enfrentarse las víctimas de cárteles, cuando pretenden el resarcimiento de los daños que aquéllos les han causado, son contrarios al *principio de efectividad* de los arts. 101 y 102 TFUE (= la *ausencia de responsabilidad colectiva de los grupos de sociedades* no es, por sí misma, contraria al *principio de efectividad* del Derecho antitrust europeo)⁴³⁷. En segundo lugar, el peligro de que, como consecuencia de la quiebra del cartelista demandado, la víctima del cártel sólo pueda cobrar una parte insignificante de lo que se le adeuda o, incluso, no llegue a cobrar nada es un riesgo común a cualquier tipo de acreedor⁴³⁸.

⁴³¹ En este sentido, *ad ex.*, R. Inderst/S. Thomas, *Schadensersatz bei Kartellverstößen: eine Untersuchung der juristischen und ökonomischen Grundlagen, Methoden und damit verbundenen Rechtsfragen betreffend die Ermittlung des Schadens bei Verstößen gegen das Kartellverbot*, Düsseldorf, Handelsblatt Fachmedien, 2015, p. 79; M. Klotz, *Wirtschaftliche Einheit und Konzernhaftung im Kartellzivilrecht*, Köln, Heymann, 2016, pp. 110-111; Id., “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 227; S. Thomas/S. Legner, “Die wirtschaftliche Einheit im Kartellzivilrecht”, *NZKart*, 4, 4, 2016, p. 156.

⁴³² T. KrUIS, “Passivlegitimation”, en F. Stancke/G. Weidenbach/R. Lahme (Hrsg.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, pp. 240-273 (p. 243).

⁴³³ T. KrUIS, “Passivlegitimation”, en F. Stancke/G. Weidenbach/R. Lahme (Hrsg.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 244; T. Makatsch/A.S. Mir, “Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen: Angst vor der eigenen ‘Courage’?”, *EuZW*, 26, 1, 2015, p. 8.

⁴³⁴ T. KrUIS, “Passivlegitimation”, en F. Stancke/G. Weidenbach/R. Lahme (Hrsg.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 244.

⁴³⁵ T. KrUIS, “Passivlegitimation”, en F. Stancke/G. Weidenbach/R. Lahme (Hrsg.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 244.

⁴³⁶ S. Thibault-Liger, “La partie lésée et l’entité civilement responsable au sens de la directive sur les actions indemnitaires en droit de la concurrence”, en *Liber amicorum en l’honneur du professeur Joël Monéger*, Paris, LexisNexis, 2017, p. 563.

⁴³⁷ M. Klotz, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 227.

⁴³⁸ M. Klotz, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 227.

221. 2º) La construcción de la responsabilidad civil del grupo de sociedades a partir del Derecho existente. Algunos juristas defienden la tesis de que la responsabilidad colectiva del grupo de sociedades por los actos anticoncurrenciales no es un acontecimiento que se dará en el futuro, sólo si se dan ciertas condiciones; sino que defienden que dicha cuestión jurídica ha sido ya resuelta por el Derecho nacional de los Estados miembros. Ésta se haya formado, entre otros, por dos tipos de reglas jurídicas: las normas de competencia de la UE y las normas dictadas por los propios Estados.

- a) *Normas de competencia de la UE:* Es perfectamente posible la *sincronización (Gleichlauf)* entre las normas del Derecho antitrust que contienen sanciones administrativas (de ordinario, multas y multas coercitivas) y las que contienen sanciones civiles (nulidad y reparación de daños). Es cierto que el Derecho originario de la UE, en el caso de estas últimas, sólo se refiere a la *nulidad* (art. 101.2 TFUE)⁴³⁹. Pero, para los restantes supuestos, es técnicamente correcto interpretar que hay una *laguna legal* que debe integrarse, recurriendo al Derecho material interno (Derecho civil) del Estado miembro correspondiente⁴⁴⁰.

Desde el campo de quienes sostienen la posición más conservadora se ha utilizado el argumento *quod nimis probat nihil probat* o, expresado con otros términos, “lo que prueba demasiado no prueba nada”. Si se admite -se dice- una imputación o atribución uniforme (*eine einheitliche Zurechnung*) de los arts. 101 y 102 TFUE habría que sostenerla en todos los ámbitos jurídicos (administrativo, civil y penal) y esto casaría mal con el principio *in dubio pro reo* característico del Derecho penal⁴⁴¹. Esta crítica es desafortunada. Es, sobre todo, maniquea. Caricaturiza a los contrarios para que, así, la crítica sea más fácil. Para ello, intenta hacer de la “imputación” (*Zurechnung*) un concepto *omnibus* que incluya y arrastre con él elementos de naturaleza diversa. Pero, más que nada, parece ignorar que, tanto en el procedimiento administrativo sancionador ante la Comisión de la UE o ante las Autoridades Nacionales de Competencia como en el procedimiento judicial ante tribunales de Estados miembros de la UE, la presencia de la sociedad filia y, en su caso, de la sociedad matriz es condición indispensable para que éstas puedan defenderse de cualquier malentendido, si es que éste fuera el caso.

- b) *Normas internas de los Estados miembros que implementan el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE:* Éste sería el caso, *ad ex.*, del § 33b GWB o del art. 75 de la Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la Competencia (redactado conforme al Real Decreto-ley 9/2017, de 26 mayo, BOE nº 126 de 27 mayo 2017)⁴⁴². En estos preceptos, se facilita la prueba de la comisión de hechos ilícitos concurrenciales mediante presunciones que, según los países y los supuestos, pueden ser *iuris et de iure* o *iuris tantum*. La víctima no tiene que probar, cuando interpone una acción *follow-on*, en principio, que el demandado ha cometido un hecho ilícito, sino que su comportamiento le ha causado un daño y que, sin esa conducta ilícita, ella no hubiera padecido tal daño. Ahora bien, la decisión administrativa de la Comisión o de la Autoridad Nacional de Competencia no sólo condena, sino que también indica cuál es el círculo de los obligados a pagar las correspondientes multas (*der Kreis der Bussgeldschuldner*). Las víctimas de los cárteles o de los abusos de posición dominante les podrán demandar, apoyándose en el hecho de que participaron en el procedimiento administrativo originario en el que se

⁴³⁹ *Vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA, “Derecho antitrust europeo y sanciones civiles: la nulidad (art. 101.2 TFUE)”, en L. PRATS ALBENTOSA/G. TOMÁS MARTÍNEZ (COORD.), *Culpa y responsabilidad*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 149-172; C. HERRERO SUÁREZ, “”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 93, 763, 2017, pp. 2263-2308.

⁴⁴⁰ En este sentido, *ad ex.*, M. KLING, “Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen”, *WRP*, 2010, pp. 506-518 (p. 508); D.A. ZETZSCHE, “Der Einfluss des europäischen Wirtschaftsrechts auf das Deliktsrecht”, *ZHR*, 179, 4, 2015, pp. 490-526 (pp. 514-515).

⁴⁴¹ En este sentido, *ad ex.*, M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, pp. 227-228.

⁴⁴² Sobre el art. 9 de la Directiva de daños anticompetitivos, *vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. SUDEROW, “El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust”, *CDT*, vol. 7, nº 2, 2015, pp. 114-157.

basa la *follow-on action*⁴⁴³. En contra, se ha sostenido que este tipo de preceptos constituyen una excepción al *principio de libertad de prueba* y, por tanto, deben ser interpretados restrictivamente; lo que, dicho con otros términos, supondría que los tribunales civiles mantendrían las facultades que tienen en materia probatoria, sin atribuírselas a la Comisión o a las Autoridades Nacionales de Competencia ni siquiera de soslayo⁴⁴⁴.

222. 3º) *La formulación por la jurisprudencia o el legislador de una regla especial para este supuesto*. Es éste un enfoque que tiene un sólido *fundamento económico*: “Después de todo, el grupo de sociedades, como un todo, es el sujeto económico que influye en el proceso de competencia y no la sociedad individual” (M. KLOTZ)⁴⁴⁵. Pero cabe preguntarse si su *fundamento jurídico* es tan sólido como el económico. Cabría pensar, en efecto, que, como ha observado el propio M. KLOTZ, haciendo de *abogado del diablo*, que, en el futuro, el fundamento de la responsabilidad del grupo de sociedades por actos anticompetitivos de sus miembros (sociedad matriz, sociedades filiales, sociedades hermanas) debiera tener esto en cuenta y, sin embargo, depender menos de las particularidades del Derecho antitrust y más de las reglas de responsabilidad generalmente aceptadas⁴⁴⁶. Esto último es menos difícil de lo que parece a primera vista. Se trataría, en el caso del Derecho alemán, de recurrir a la *analogía*. Para integrar una *laguna legal* (el régimen jurídico de la responsabilidad civil de los grupos de sociedades por actos ilícitos concurrenciales), se recurriría a disposiciones legales ya existentes que, en determinadas condiciones, sí han superado el planteamiento de la responsabilidad societaria individual y lo han sustituido por la responsabilidad societaria grupal (*cohesive group liability*) o, si se prefiere, por la “responsabilidad de los propietarios de la empresa” (*Unternehmensinhaberhaftung*); tal como ocurre, en el Derecho alemán, en el caso de la *legislación sobre marcas, propiedad industrial y competencia desleal* (§ 8 Abs. 2 UWG, § 99 UrhG, § 2 Abs. 1 Satz 2 UklG, § 14 Abs. 7 MarkenG)⁴⁴⁷.

En Alemania, donde esta propuesta ha sido acogida por un sector doctrinal, existe *división de opiniones*. Hay quien sostiene que la creación del fundamento jurídico de la responsabilidad civil de la sociedad matriz (*Haftungsgrundlage gegenüber der Konzernmutter*) corresponde exclusivamente al legislador⁴⁴⁸. Hay quien, por el contrario, espera que cambie la jurisprudencia del BGH⁴⁴⁹. En realidad, esta última interpretación admite una posibilidad (la labor creadora de la jurisprudencia), sin descartar, por razones de seguridad jurídica, que la solución propuesta sea finalmente asumida por el legislador: “El legislador debería hacer de abogado de las víctimas de cárteles, a las que pertenecen también tanto pequeñas y medianas empresas como consumidores”⁴⁵⁰.

223. Desde el punto de vista del Derecho español, sería posible colmar la laguna legal existente, mediante una *interpretación correctora de los textos legales*. En este sentido, podrían hacerse valer los siguientes argumentos:

- 1º) Como se ha apuntado por la mejor doctrina, (A. CRISTOBAL MONTES, M. YZQUIERDO TOLSADA., etc.), la jurisprudencia española viene proclamando de manera clara, constante y uniforme

⁴⁴³ En este sentido, M. KLOTZ, *Wirtschaftliche Einheit und Konzernhaftung im Kartellzivilrecht*, Köln, Heymann, 2016, p. 123; S. WACHS, “Faktische Übernahme des wirtschaftlichen Unternehmensbegriffs für die Passivlegitimation bei Follow-on-Klagen?”, *WuW*, 67, 1, 2017, pp. 2-8; A. WEITBRECHT, “Die Umsetzung der EU-Schadensersatzrichtlinie: eine Chance für den Rechtsstandort Deutschland”, *WuW*, 65, 10, 2015, p. 965.

⁴⁴⁴ En este sentido, *ad ex.*, K. LEFFRANG, *Die Passivlegitimation im kartellrechtlichen Schadensersatzprozess: die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochtergesellschaft*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2014, pp. 139-140.

⁴⁴⁵ M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 228.

⁴⁴⁶ M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, pp. 228-229.

⁴⁴⁷ M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 229.

⁴⁴⁸ M. KLOTZ, “Zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Konzernmuttergesellschaft für Kartellverstöße ihrer Tochter?”, *WuW*, 67, 5, 2017, p. 229.

⁴⁴⁹ En este sentido, C. KERSTING, “Kartellopfer in der Gerechtigkeitslücke”, *WuW*, 2016, p. 329.

⁴⁵⁰ C. KERSTING, “Kartellopfer in der Gerechtigkeitslücke”, *WuW*, 2016, p. 329.

que, en cuestiones de responsabilidad civil por daños, rige el *principio de solidaridad*, cada vez que, existiendo varios sujetos supuestamente responsables de un hecho ilícito, resulta imposible determinar tanto la relevancia de cada acción como la responsabilidad concreta de cada uno de ellos⁴⁵¹.

- 2º) Nuestro propio TS no tiene inconveniente en reconocer que, a falta de disposición legal, la solidaridad que surge del vínculo contractual no existe más que si se pacta; mientras que la solidaridad en las obligaciones extracontractuales no tendría un origen convencional, sino que se trataría de una “creación jurisprudencial” (STS 8 mayo 1991 [R. 3585])⁴⁵². En caso de aplicarse esta solución a una relación privada internacional, estaríamos en presencia de una *norma material imperativa de origen jurisprudencial*, que daría la misma solución a los supuestos privados internos que a los supuestos privados internacionales⁴⁵³.
- 3º) En definitiva, nuestro país se alinearía con aquellos otros Estados miembros de la UE que han implantado, aunque mediante una *formulación legal*, el *principio de solidaridad en las obligaciones extracontractuales*, como, *ad ex.*, Alemania (§ 840-1º BGB), Austria (art. 1302 CC), Grecia (art. 926 CC), Portugal (art. 497 CC) o Rumanía (art. 1003 CC)⁴⁵⁴. En caso de aplicarse esta solución a una relación privada internacional, estaríamos en presencia de una *norma material imperativa de origen legal*, que daría la misma solución a los supuestos privados internos que a los supuestos privados internacionales.
- 4º) Como las *cuestiones de legitimación procesal pasiva* se rigen por la *lex causae*, la consecuencia inmediata, *desde el punto de vista procesal*, no puede ser otra, por razones de coherencia, que el reconocimiento de la posibilidad de dirigirse en las acciones de daños contra las diversas *sociedades integrantes de un grupo* (especialmente, la sociedad matriz) (*litisconsorcio pasivo*), que así tendrían la *posibilidad de defenderse* en el transcurso del procedimiento ante el tribunal estatal competente conforme al RB I-bis y que, en caso de condena de cantidad, no podrían objetar después, si se pretendiera obtener la validez extraterritorial de dicha decisión judicial en otro Estado miembro de la UE, que se infringieron sus *derechos de defensa*.

224. Es probable que la solución a este debate jurídico que recuerda a un *laberinto cretense de difícil salida* venga de la propia jurisprudencia del TJUE. Conforme a la petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein oikeus (Finlandia) el 22 de diciembre de 2017, C-724/17, *Vantaan kaupunki/Skanska Industrial Solutions Oy, NCC Industry Oy, Asfaltmix Oy*, el Tribunal de Justicia tendría que resolver si es posible declarar la responsabilidad civil de la sociedad matriz y la continuidad económica conforme al Derecho de la UE, al margen de cómo resuelvan estas cuestiones las legislaciones nacionales de los Estados miembros. En concreto, al TJUE se le ha preguntado lo siguiente: “¿Debe determinarse la cuestión de quién responde de la indemnización de un daño ocasionado por una práctica contraria al artículo 101 TFUE mediante la aplicación directa de este artículo o con arreglo a las disposiciones nacionales?”

En el caso de que los sujetos responsables se determinen directamente mediante el artículo 101 TFUE: ¿Responden de los daños quienes estén comprendidos en el concepto de ‘empresa’ utilizado en dicha disposición? ¿Para determinar los sujetos obligados a indemnizar el daño deben aplicarse los mismos principios que ha utilizado el Tribunal de Justicia en materia sancionadora para identificar a los responsables, según los cuales la responsabilidad puede basarse especialmente en la pertenencia a la misma unidad económica o en la continuidad económica?

⁴⁵¹ *Vid.*, *ad ex.*, Á. CRISTOBAL MONTES, *Mancomunidad o solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Barcelona, Editorial Bosch, 1985, p. 67; M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 3ª ed., Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2017, pp. 475-476.

⁴⁵² *Vid.*, *ad ex.*, M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 3ª ed., Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2017, p. 477.

⁴⁵³ Sobre las normas materiales imperativas, *vid.*, *ad ex.*, K. ANDEREGG, *Ausländische Eingriffsnormen im internationalen Vertragsrecht*, Tübingen, Mohr, 1989; A. KÖHLER, *Eingriffsnormen: der “unfertige Teil” des europäischen IPR*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013; D. SCHULTE, *Die Anknüpfung von Eingriffsnormen, insbesondere wirtschaftsrechtlicher Art, im internationalen Vertragsrecht*, Bielefeld, Gieseking, 1975.

⁴⁵⁴ *Vid.*, *ad ex.*, M. YZQUIERDO TOLSADA, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, 3ª ed., Madrid, Editorial Dykinson, S.L., 2017, pp. 477-478.

En el caso de que los responsables de la indemnización se determinen con arreglo a las disposiciones nacionales del Estado miembro: ¿Incumple el requisito de efectividad del Derecho de la Unión una normativa nacional con arreglo a la cual una sociedad que, tras adquirir todas las acciones de otra sociedad participante en un cártel contrario al artículo 101 TFUE, disuelve dicha sociedad continuando con su actividad comercial, no responde por los daños ocasionados por la práctica restrictiva de la competencia de la sociedad disuelta, a pesar de que sea prácticamente imposible o extraordinariamente difícil obtener una indemnización de la sociedad disuelta? ¿Se opone el requisito de efectividad a una interpretación del Derecho nacional de un Estado miembro conforme a la cual se exija para que haya una responsabilidad indemnizatoria que la reestructuración empresarial descrita se realizase de forma ilegal o artificial para eludir la responsabilidad indemnizatoria en virtud del Derecho de la competencia, o de cualquier otra forma desleal, o al menos que la sociedad conociera o debiera haber conocido la infracción contra la competencia en el momento de llevar a cabo dicha reestructuración?”⁴⁵⁵.

225. Para solucionar esta cuestión, el TJUE debiera ser consciente de dos datos (M. DANOV, R. MONICO):

- 1º) Existe un peligro muy frecuente en la práctica antitrust que hay que atajar: que “a group of companies could engage in anti-competitive conduct by setting up subsidiaries across Europe” (M. DANOV)⁴⁵⁶.
- 2º) Debiera poderse demandar a “la sociedad *holding* ante el juez del lugar en el que está situada la sociedad controlada al 100% que ha ejecutado el cártel por cuenta de la sociedad matriz”, apoyándose en el art. 7.5 RB I-bis y en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia (= equiparación de las filiales meramente instrumentales con las sucursales efectos procesales) (R. MONICO)⁴⁵⁷.

Se aplicaría, por tanto, la *presunción del ejercicio efectivo de una influencia determinante*. Serían especialmente relevantes, a estos efectos:

- La STJUE 29 marzo 2011, C-201/09 P, ArcelorMittal Luxembourg/Comisión y Comisión/ArcelorMittal Luxembourg y otros, ECLI:EU:C:2011:190, § 97 (“En el caso específico de que una sociedad matriz posea el 100 % del capital de su filial que ha cometido una infracción de las normas de competencia de la Unión, esa sociedad matriz puede ejercer una influencia decisiva en el comportamiento de esa filial, por una parte y, por otra parte, existe una presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente una influencia decisiva en el comportamiento de su filial [...]”⁴⁵⁸;

⁴⁵⁵ DO C 83 de 5 marzo 2018.

⁴⁵⁶ M. DANOV, “Jurisdiction in Cross-Border EU Competition Law Cases: Some Specific Issues Requiring Specific Solutions”, en M. DANOV/F. BECKER/P. BEAUMONT (EDS.), *Cross-border EU competition law actions*, Oxford, Hart, 2013, pp. 167-196 (p. 182); siguiendo su estela, R. MONICO, “Il *private enforcement* nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, p. 1185.

⁴⁵⁷ R. MONICO, “Il *private enforcement* nello spazio giudiziario europeo”, *RDI*, 4, 2016, p. 1185; M. DANOV, “Jurisdiction in Cross-Border EU Competition Law Cases: Some Specific Issues Requiring Specific Solutions”, en M. DANOV/F. BECKER/P. BEAUMONT (EDS.), *Cross-border EU competition law actions*, Oxford, Hart, 2013, p. 171. Sobre el foro de la sucursal (art. 7.5 RB I-bis), *vid., ad ex.*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ/C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Litigación internacional en la Unión Europea I. Competencia judicial y validez de resoluciones en materia civil y mercantil en la Unión Europea. Comentario al Reglamento Bruselas I Bis*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pp. 439-444 (por A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ).

⁴⁵⁸ Comentada por É. BARBIER DE LA SERRE, “Les limites de la suspension de la prescription”, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 28, 2011, pp. 69-70; A. BÖHLKE, “Die gesamtschuldnerische Verantwortlichkeit im EU-Wettbewerbsrecht”, *EuZW*, 2011, pp. 781-784; W. FRENZ/T. LÜLS DORF, “Kontinuität und Zurechnung im Kartellrecht”, *EWS*, 2012, pp. 504-508; N. JALABERT-DOURY, “Traité CECA - Imputabilité: La CJUE valide les conditions de poursuite d’infractions au traité CECA postérieurement à son expiration et anéantit pour l’heure les espoirs suscités par les conclusions de son Avocat général s’agissant de l’imputabilité (ThyssenKrupp Nirosta, ArcelorMittal Luxembourg)”, *Concurrences*, n° 2, 2011, p. 95; A. LACRESSE, “Ententes - Application de la loi dans le temps: La CJUE confirme l’application des règles matérielles du traité CECA conjointement avec les règles procédurales du règlement n° 1/2003 et précise l’application des règles de prescription (Luxembourg c/ Commission, ThyssenKrupp Nirosta c/ Commission)”, *Concurrences*, n° 2, 2011, pp.182-184; C. ROBIN, “Imputabilité du comportement

- La STJUE 29 septiembre 2011, C-521/09 P, *Elf Aquitaine/Comisión*, ECLI:EU:C:2011:620, § 56 (“*A este respecto, el Tribunal de Justicia ha precisado que, en el caso específico de que una sociedad matriz sea titular del 100 % del capital de la filial que ha infringido las normas del Derecho de la Unión en materia de competencia, cabe afirmar, por una parte, que esa sociedad matriz puede ejercer una influencia determinante en la conducta de su filial y, por otra, que existe la presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente tal influencia [...]*”)⁴⁵⁹;
- La STJUE 19 julio 2012, C-628/10 P, *Alliance One International y Standard Commercial Tobacco/Comisión y Comisión/Alliance One International y otros*, ECLI:EU:C:2012:479, § 46 (“*El Tribunal de Justicia ha precisado que, en el caso específico de que una sociedad matriz posea el 100 % del capital de la filial que ha cometido una infracción de las normas de competencia de la Unión, por una parte, esa sociedad matriz puede ejercer una influencia decisiva en el comportamiento de esa filial y, por otra parte, existe una presunción iuris tantum de que dicha sociedad matriz ejerce efectivamente dicha influencia [...]*”)⁴⁶⁰.

226. ➤ *Caso 1. La responsabilidad civil de las filiales no condenadas por la Comisión Europea ante los tribunales franceses: El caso JCB Service (2015)*. En febrero de 1996, la sociedad francesa Central Parts denunció ante la Comisión Europea que concesionarios británicos e irlandeses de la sociedad de Derecho inglés JCB Service Ltd, que comercializaba máquinas y equipos para la construcción, se negaban a venderle esta maquinaria y que esta conducta infringía el Derecho antitrust europeo.

La Dec.Com. 21 diciembre 2000, COMP. F.1/35.918-JCB, declaró que JCB Service y sus filiales habían infringido las disposiciones del [actual] art. 101 TFUE y que concluyeron con los concesionarios acuerdos o prácticas concertadas, cuyo objeto era restringir la competencia dentro del Mercado común con el fin de compartimentar los mercados nacionales y proporcionar protección absoluta a los territorios exclusivos fuera de los cuales los concesionarios tenían prohibido realizar ventas activas, que habían consistido especialmente en restricciones de las ventas pasivas de los distribuidores establecidos en el Reino Unido, Irlanda, Francia e Italia, que incluyeron las ventas a revendedores no autorizados, usuarios finales o distribuidores establecidos fuera de los territorios exclusivos y, en particular, en otros Estados miembros (= *entente vertical de reparto de mercados*). La Comisión impuso una sanción económica a la sociedad JCB Service y le ordenó que desistiera de esas prácticas.

La STPI 13 enero 2004, T-67/01, *JCB Service/Comisión*, ECLI:EU:T:2004:3⁴⁶¹, confirmó en este punto la decisión de la Comisión. Por último, el recurso interpuesto contra esta resolu-

d'une filiale à 100 % à la société mère”, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 28, 2011, p. 24; W. VALASIDIS, “Les règles applicables en matière de sanction des comportements anticoncurrentiels relevant du traité CECA, postérieurement à son expiration”, *Rev.aff.eur.*, 2011, pp. 231-238.

⁴⁵⁹ Comentada por W. BOSCH, “Haftung für kartellrechtswidriges Handeln der Tochtergesellschaft - Neue Rechtslage nach dem Urteil in der Rechtssache Elf Aquitaine/Kommission?”, *ZWeR*, 2012, pp. 368-379; N. JALABERT-DOURY, “Imputabilité: L’Avocat général Mengozzi demeure insensible à l’argument de la probatio diabolica résultant de la présomption d’influence déterminante sur les filiales contrôlées à 100 % (Arkema, Elf Aquitaine)”, *Concurrences*, n° 2, 2011, p.104; M. KORT, “The Decision of the ECJ in Elf Aquitaine - Parent and Subsidiary as a Multiple Team of Horses Drawing a Vehicle Under the Control of a Single Driver?”, *IIC*, 2012, pp. 121-123; F. PICOD, “Annulation d’une décision d’imputabilité d’une infraction commise par une filiale à la société mère”, *La Semaine Juridique - édition générale*, 2011 n° 42, p. 1877; C. ROBIN, “La présomption d’influence déterminante de la société mère sur sa filiale n’est pas irréfragable, même s’il est difficile de la renverser”, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 30, 2012, p. 26; A. SVETLICHINI, “Parental Liability for the Antitrust Infringements of Subsidiaries: A Rebuttable Presumption or Probatio Diabolica?”, *European Law Reporter*, 2011, pp. 291-292.

⁴⁶⁰ Comentada por M. AUBERT/E. BROUSSY/H. CASSAGNABÈRE, “Chronique de jurisprudence de la CJUE. Lorsque la Commission adopte une méthode particulière, conforme à la jurisprudence, pour apprécier l’exercice d’une influence déterminante de la société mère sur une filiale ayant participé à une infraction, elle doit l’appliquer à l’ensemble des sociétés mères concernées”, *L’actualité juridique - droit administratif*, 2012, p. 2274; W. FRENZ/T. LÜLSDORF, “Kontinuität und Zurechnung im Kartellrecht”, *EWS*, 2012, p. 504-508; L. IDOT, “Cartels et responsabilité de la société mère”, *Europe*, 2012, Octubre, Comm. n° 10, pp. 39-40; C. ROBIN, “Sanction de la différence de traitement des entreprises. Lorsqu’elle impute l’infraction aux sociétés mères, la Commission ne doit pas faire de différence entre les entreprises. Cette exigence suppose cependant que les sociétés mères soient dans des situations comparables”, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 33, 2012, pp. 24-25; C. SARRAZIN, “Méthode de la ‘Double Base’: La Cour de justice rejette les pourvois et encadre le recours par la Commission à la méthode dite de la ‘double base’ au regard du principe de l’égalité de traitement”, *Concurrences*, n° 4, 2012, pp. 66-67.

⁴⁶¹ Comentada por L. IDOT, “Distribution. Le Tribunal se montre exigeant quant à la preuve des restrictions de concurrence en matière de prix”, *Europe*, 2004, Mars, Comm., n° 82, pp. 22-23.

ción judicial fue rechazado por la STJUE 21 septiembre 2006, C-167/04 P, *JCB Service/Comisión*, ECLI:EU:C:2006:594⁴⁶².

Tras la STPI 13 enero 2004, Central Parts demandó por daños y perjuicios a JCB Service, JCB Sales Ltd, JCB Finance Ltd y JC Bramford Excavators Ltd. Como quiera que, como consecuencia de un proceso, cuya resolución judicial se convirtió en firme, la sociedad JCB Finance fue excluida del juicio, éste continuó contra la sociedad matriz, que era la “única persona moral condenada en el dispositivo de la decisión de la Comisión Europea” (R. AMARO), y dos de sus filiales. Se plantearon así las *dos cuestiones* más importantes que estaban en juego con este procedimiento ante los tribunales franceses: ¿Puede declararse responsables civiles de los daños causados por un acuerdo o práctica colusoria a filiales que no han sido condenadas por la Comisión Europea, si se aporta la prueba de su participación en la infracción? ¿Cabe presumir que han causado un daño o debe probarse éste?. Solución → La sentencia *Cour de cassation, Chambre commerciale, financière et économique*, nº 871 de 6 octubre 2015 (13-24.854), ECLI:FR:CCASS:2015:CO00871⁴⁶³, rechazó los argumentos de las filiales y declaró que: *Primero*: Visto que los tribunales comunitarios habían confirmado la Decisión de la Comisión, cuya parte dispositiva establecía que JCB Service y sus filiales habían infringido el [actual] art. 101 TFUE, y que las sociedades JCB Sales y JC Bramford Excavators eran las principales sociedades de explotación contempladas, en tanto que filiales de JCB Service, por las Decisiones comunitarias, el hecho de que ellas no hayan sido condenadas por las Decisiones comunitarias no prohíbe a la jurisdicción nacional apreciar, a la luz de la información que se le haya presentado, en particular decisiones comunitarias, los elementos de su comportamiento constitutivos de una infracción, sin que esto signifique que se infrinja por el tribunal nacional el efecto relativo de la autoridad de cosa juzgada, la primacía de las decisiones de la Comisión Europea proclamada por el art. 16 del Reglamento 1/2003 y el derecho a un proceso justo. *Segundo*: Esa infracción puede consistir en participar en el cumplimiento de la política comercial anticompetitiva de la sociedad matriz que se encuentra a la cabeza del grupo de sociedades al que pertenecen sus filiales. En concreto, los tribunales comunitarios encontraron, por un lado, que la política comercial de la empresa matriz JCB Service era desalentar las exportaciones paralelas, prohibiendo a sus filiales de Reino Unido e Irlanda la venta de sus productos al extranjero y pidiéndoles que le remitiesen toda demanda dudosa para que les dijese si debían entregar o no, y, por otro lado, que las sociedades JCB Sales y JC Bramford Excavators, en tanto que filiales de JCB Service, notificaba a los distribuidores los acuerdos de distribución fraudulentos por orden de JCB Service, aplicaban las consignas de su política comercial y contribuían a la realización de las infracciones de prácticas concertadas, cuyo objeto era restringir la competencia en el interior del Mercado común. *Tercero*: Como observa R. AMARO, que: “la existencia del perjuicio debe ser establecida por los jueces del fondo y no puede, parece, presumirse, pero la estimación de este perjuicio y la parte imputable a cada responsable pueden ser determinadas ulteriormente”⁴⁶⁴.

Una *valoración global* de este caso puede abocarnos a *dos conclusiones* que no son incompatibles entre sí. *Primera*: La sentencia *Cour de cassation, Chambre commerciale, financière et économique*, nº 871 de 6 octubre 2015 (13-24.854), ECLI:FR:CCASS:2015:CO00871, representa el triunfo de la *concepción civilista de la noción de sociedad* sobre la *noción jurídico-económica de empresa*, si bien atenuado por la posibilidad de que se aporten *pruebas complementarias* que acrediten la participación de varias sociedades de un grupo empresarial en un mismo ilícito concurrencial (S. THIBAUT-LIGER)⁴⁶⁵.

⁴⁶² Comentada por L. IDOT, “Restrictions à l’approvisionnement entre zones et distribution des engins de chantier”, *Europe*, 2006, Novembre, Comm. n° 332, p. 32; F. ZIVY, “Le prolongement excessif de la phase d’instruction peut permettre une violation des droits de la défense”, *Concurrences*, n° 4, 2006, pp. 115-116.

⁴⁶³ Comentada por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, n° 1, 2016, pp. 251-260 (pp. 253-254); S. THIBAUT-LIGER, “La partie lésée et l’entité civilement responsable au sens de la directive sur les actions indemnitaires en droit de la concurrence”, en *Liber amicorum en l’honneur du professeur Joël Monéger*, Paris, LexisNexis, 2017, pp. 573-575.

⁴⁶⁴ Comentada por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, n° 1, 2016, p. 254.

⁴⁶⁵ S. THIBAUT-LIGER, “La partie lésée et l’entité civilement responsable au sens de la directive sur les actions indemnitaires en droit de la concurrence”, en *Liber amicorum en l’honneur du professeur Joël Monéger*, Paris, LexisNexis, 2017, pp. 573-575.

Segunda: Este enfoque facilitaría la “tarea de las víctimas” en las acciones *follow-on*, “donde hay pocas dudas de que las prácticas condenadas han causado un perjuicio a ciertos operadores” (R. AMARO)⁴⁶⁶.

227. ➤ *Caso 2. La responsabilidad civil de la sociedad matriz por el comportamiento anticompetitivo de una filial: El caso Orange Réunion (2016).* Entre 2004 y 2020, fue frecuente que operadores de telefonía franceses practicasen “diferenciación tarifaria”; es decir, *precios discriminatorios* que distinguían entre lo que se cobraba por las llamadas dentro de una misma red (*on-net*) y las llamadas entre teléfonos pertenecientes a distintas redes (*off-net*). La Autoridad Nacional de la Competencia francesa consideró, en repetidas ocasiones, que esta práctica constituía un *abuso de posición dominante*. Así, *ad ex.*, la decisión de la *Autorité de la Concurrence* de 13 junio 2014, n° 14-D-05, sancionó por este tipo de prácticas en algunos mercados regionales franceses con una multa de 45 millones de euros a SFR y a su filial SRR. Como consecuencia de esto último, *Orange Réunion*, filial de Orange interpuso una acción de reparación de daños anticompetitivos ante el Tribunal de comercio de París (= solicitó una indemnización de 135,2 millones de euros). SFR, la sociedad matriz demandada, quiso mantenerse al margen de este litigio resarcitorio y, entre otros motivos, mantuvo la tesis de que carecía de legitimación procesal pasiva en este caso: Según ella, dado que era una persona jurídica distinta de su filial y que sólo ésta había cometido el acto ilícito sancionado, no debería siquiera haber sido citada a comparecer en juicio. Técnicamente, pues, el Tribunal de comercio de París debía enfrentarse a un problema que, en muy poco tiempo, se ha vuelto *un clásico* en el mundo de las acciones civiles por daños anticompetitivos; a saber: Si las sociedades matrices que tienen filiales responsables de comportamientos anticompetitivos son civilmente responsables de estas prácticas en virtud del control que las primeras ejercen sobre estas últimas. Solución → SFR sostuvo que no era responsable civilmente de la conducta de su filial; puesto que se trata de sociedades distintas, cada una con personalidad jurídica propia. La sentencia del Tribunal de commerce de París, 15^e ch., 20 junio 2016, *SA Orange Réunion c/SRR et SFR*, RG 2014058853, no le dio la razón: “[...] *nonobstant le principe d’autonomie des personnes morales, une société mère peut être condamnée à raison des activités d’une filiale dépourvue d’autonomie si elle s’est immiscée dans les activités de sa filiale*”. Después de esto y sin necesidad de apoyarse en la sincronización entre el Derecho antitrust y el Derecho de daños a la hora de definir los sujetos imputables o en el concepto de “empresa”, el Tribunal de comercio de París procedió a verificar si efectivamente la sociedad matriz ejercía tal control sobre su filial (Sentencia del Tribunal de commerce de París, 15^e ch., 20 junio 2016, *SA Orange Réunion c/SRR et SFR*, RG 2014058853)⁴⁶⁷.

8. El Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007 y el Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968

A) Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007

228. El Convenio de Lugano II (2007) tiene por objeto trasladar el contenido sustancial del Reglamento Bruselas I (2000) a los países firmantes de dicho Convenio, esto es, a Suiza, Islandia y Noruega y a los Estados miembros de la UE⁴⁶⁸. En la actualidad es ya preciso modernizar el Convenio

⁴⁶⁶ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, n° 1, 2016, p. 254.

⁴⁶⁷ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, n° 4, 2016, pp. 230-250 (pp. 233-235).

⁴⁶⁸ *Vid.*, *ad ex.*, sobre el Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988 y de Lugano II de 30 octubre 2007, el Informe oficial P. JENARD / G. MÖLLER en *DOCE* C 189 de 28 julio 1990, pp. 57-121; F. POCAR, “Informe explicativo sobre el Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007”, *DOUE* C 319 de 23 diciembre 2009; F. DASSER (HRSG.), *Lugano-Übereinkommen: Kommentar zum Lugano-Übereinkommen (LugÜ)*, Bern, Stämpfli, 2008; G.A.L. DROZ, “La Convention de Lugano parallèle a la Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire et l’exécution des décisions en matière civile et commerciale”, *RCDIP*, 1989, pp. 1-51; A. FURRER/A.R. MARKUS/I. PRETELLI (HRSG.), *Die Herausforderungen des europäischen Zivilverfahrensrechts für Lugano- und Drittstaaten / The challenges of European civil procedural law for Lugano and third states*, Zürich, Basel, Genf, Schulthess, 2016; N. GILLARD/J. VOYAME (ED.), *L’espace judiciaire européen. La Convention de Lugano du 16 septembre 1988*. Travaux de la journée d’étude, le 3 octobre 1991 à l’Université de Lausanne, Lausanne, Cedidac, 1992; S. GRUNDMANN, *Anerkennung und Vollstreckung ausländischer einstweiliger Massnahmen nach IPRG und Lugano-Übereinkommen*, Basel, Helbing und Lichtenhahn, 1996; V.C. HAUBENSAK, *Umsetzung der Vollstreckung und Sicherung nach dem Lugano-Übereinkom-*

de Lugano II para alinearlo con el Reglamento Bruselas I-bis (2012). Varios datos deben subrayarse en relación con este Convenio de Lugano II:

- 1º) Este Convenio sólo se aplica a las relaciones entre Islandia, Noruega, Dinamarca y Suiza entre sí, y en las relaciones entre estos cuatro Estados con los demás Estados miembros de la UE.
- 2º) El Convenio entró en vigor el 1 enero 2010 entre la UE, Noruega y Dinamarca. El 1 mayo 2011, entró en vigor también para Islandia (DOUE 26 mayo 2011) y el 1 enero 2011 entró en vigor para Suiza.
- 3º) El Convenio de Lugano II (2007) tiene por objeto trasladar el contenido sustancial del Reglamento Bruselas I (2000) a los países firmantes de dicho Convenio, esto es, a Suiza, Islandia y Noruega y a los Estados miembros de la UE (*vid.* Decisión del Consejo UE de 27 noviembre 2008). En la actualidad es ya preciso modernizar el Convenio de Lugano II para alinearlo con el Reglamento Bruselas I-bis (2012). El Convenio de Lugano II es un texto prácticamente idéntico al Reglamento Bruselas I, aunque no al Reglamento Bruselas I-bis de 2012.

229. ➤ *Caso. Torpedo action y Espacio judicial europeo: La jurisprudencia suiza afina en el caso Swatch (2018).* Una empresa inglesa amenazó a Swatch y a dos de sus filiales (el grupo Swatch) con demandarlas, si no le enviaban piezas para sus relojes. Desde finales de 2015, el grupo suizo Swatch había cesado de expedir tales piezas. Antes de que se interpusiese contra este grupo de sociedades ninguna demanda de condena en Inglaterra, fue él quien solicitó al Tribunal de comercio del cantón de Berna (*Handelsgericht des Kantons Bern*) que constatase que ni existía tal obligación de entrega ni, por consiguiente, el cese de la entrega de piezas originaba derecho a indemnización alguna. El Tribunal de comercio fue consciente de que estaba o, al menos, podía estar ante una *Torpedo action* suiza (*forum running*) y se planteó si existía un interés suficientemente digno de protección en la incoación judicial de un procedimiento declarativo negativo (*negative Feststellungsklage*). El Tribunal de comercio, basándose en la jurisprudencia suiza existente hasta ese momento, dio una respuesta negativa (*fehlende Rechtsschutzinteresse*) y, por tanto, no entró a examinar el fondo del asunto. Interpuesto recurso, cabía preguntarse si éste prosperaría. Solución → En efecto, el recurso prosperó. El Tribunal federal suizo cambió sustancialmente la jurisprudencia existente. Observó que: (a) En materia internacional, el objetivo de una parte de buscar un foro que le convenga antes de que se interponga contra ella una acción en otro país es, generalmente, considerado un interés suficientemente digno de protección, salvo que exista abuso de derecho (*argumento del interés suficientemente digno de protección*): “*Zusammenfassend ist festzustellen, dass jedenfalls im internationalen Verhältnis das Interesse einer Partei, bei einem bevorstehenden Gerichtsverfahren einen ihr genehmen Gerichtsstand zu sichern, als genügendes Feststellungsinteresse zu qualifizieren ist. Vorzubehalten ist freilich auch hier das stets geltende Verbot des Rechtsmissbrauch [...]*”. El Tribunal federal consideró que la justicia suiza es eficiente, no es conocida por procesos muy dilatados y, por consiguiente, no había que temer que hubiese abuso de derecho en la interposición de una demanda declarativa negativa. (b) El (potencial) litigante en Suiza se encuentra en una situación desigual de inferioridad, cuando se le priva de interponer una acción declarativa negativa ante los tribunales suizos; mientras que es posible para el (potencial) litigante extranjero interponer una demanda torpedo o una acción de condena ante tribunales extranjeros (*argumento de la asimetría o desigual posición inicial de las partes [eine unzulässige Privilegierung des Leistungsklägers gegenüber dem negativen Feststellungskläger]*). (c) Existen razones fundadas para que una parte prefiera litigar en los tribunales de un país antes que en los

men in das Schweizer Recht: De lege lata und de lege ferenda, Zürich, St.Gallen, Dike, 2017; L. KILLIAS, “Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2013)”, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 24, 4, 2014, pp. 687-741; A.R. MARKUS, “Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2016)”, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 27, 1, 2017, pp. 103-132; Id., “Rechtsprechung zum Lugano-Übereinkommen (2015)”, *Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht*, 26, 1, 2016, pp. 161-190; C. OETIKER/T. WEIBEL, *Lugano-Übereinkommen: LugÜ*, 2ª ed., Basel, Helbing & Lichtenhahn, 2016; T. SCHMIDT-PARZEFALL, *Die Auslegung des Parallelübereinkommens von Lugano*, Tübingen, Mohr, 1995; N. SIEVI, *Die negativen Feststellungsklagen des schweizerischen Rechts im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens*, Zürich, Basel, Genf, Schulthess, 2017.

de otro, como es el caso de las garantías procedimentales, el idioma, la duración o los gastos procesales (*argumento de las razones objetivas para la opción por un foro*): “[...] *Das tatsächliche Interesse, einen Prozess in diesem und nicht in jenem Staat zu führen, und damit daran, eine negative Feststellungsklage in der Schweiz erheben zu können, kann erheblich sein, allein wegen der unterschiedlichen Verfahrenssprache, Dauer und Kosten der Verfahren etc. [...]*”. Por consiguiente, el Tribunal federal reenvió el asunto al Tribunal de comercio, para que éste se pronunciase sobre su competencia judicial internacional, su competencia interna y, finalmente, zanjase el fondo del asunto ⁴⁶⁹.

B) Relaciones entre el Reglamento Bruselas I-bis (2012) y el Convenio de Lugano de II de 30 octubre 2007

230. Resulta preciso deslindar los casos en los que se aplica el Convenio de Lugano II y no el Reglamento Bruselas I-bis ni el Convenio de Bruselas de 1968 (art. 54.1 ter CLug. y art. 64.2 CLug.II y art. 73.1 RB I-bis: “*El presente Reglamento no afectará a la aplicación del Convenio de Lugano de 2007*”. El Convenio de Lugano II se aplica con preferencia sobre el Reglamento Bruselas I-bis en estos supuestos:

- 1º) Cuando el demandado estuviere domiciliado en un Estado que es parte, exclusivamente, en el Convenio de Lugano II, como Islandia, Noruega o Suiza⁴⁷⁰.
- 2º) Cuando los arts. 22 y 23 CLug.II (competencias exclusivas y sumisión expresa) otorgaren competencia a los tribunales de un Estado parte exclusivamente en el Convenio de Lugano II⁴⁷¹.
- 3º) En los supuestos de litispendencia y conexidad, se aplica el Convenio de Lugano II siempre que se presente una demanda ante los tribunales de un Estado parte exclusivamente en el Convenio de Lugano II
- 4º) En cuanto al reconocimiento y *exequatur*, se aplica el Convenio de Lugano II si el Estado de origen o el requerido es un Estado no miembro en el Reglamento Bruselas I-bis pero sí parte en el Convenio de Lugano II.

C) Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007 y terceros Estados

231. La UE valora en la actualidad la posibilidad de abrir el Convenio de Lugano II a las relaciones entre la UE y otros terceros países que mantienen relaciones comerciales con Europa⁴⁷². Sería extremadamente útil para los operadores económicos que desarrollan su actividad en Europa que esto fuera así.

D) Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007 y la cuestión danesa

232. Dinamarca tuvo que participar en la firma del Convenio de Lugano II al margen de la UE porque dicho Estado no participa en actos normativos que se adoptan por la UE en el marco de la “cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza” (= materia incluida en el Título V TFUE; *vid.* también Protocolo 22 al TFUE; (art. 69 antiguo Tratado CE). Esto es, los actos normativos producto de la “europeización del DIPr.” que ha tenido lugar a partir del art. 81 TFUE no son aplicables a Dinamarca y este país no participa en la adopción de tales textos legales. Dinamarca no ha transferido sus competencias soberanas a la UE en relación con el DIPr. Por ello, en la negociación del Convenio de Lugano II, participó en primer lugar, la UE; en segundo lugar, Noruega, Islandia y Suiza (= Estados no miembros de la UE), y en tercer lugar, Dinamarca, Estado miembro de la UE

⁴⁶⁹ Sentencia Bundesgericht (suizo) (I. Sección de Derecho civil) 14 marzo 2018, 4A_417/2017, disponible en: *bger.ch*.

⁴⁷⁰ AAP Barcelona 3 noviembre 2017 [ECLI:ES:APB:2017:7087A] (demandada con domicilio en Suiza).

⁴⁷¹ AAP Zaragoza 19 enero 2017 [JUR\2017\27700] (sumisión a tribunales de Lenzburg).

⁴⁷² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: un espacio de libertad, seguridad y justicia al servicio de los ciudadanos, Bruselas, 10 junio 2009, COM(2009) 262 final

pero que no había transferido sus competencias a la UE en relación con la “cooperación judicial en materia civil”.

E) El Convenio de Lugano I de 16 septiembre 1988

233. El Convenio de Lugano de 16 septiembre 1988 se celebró entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas y los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC/EFTA). El Convenio reproduce literalmente gran parte de las disposiciones del Convenio de Bruselas. El objetivo perseguido en el momento de su conclusión era la creación de un “espacio judicial europeo” (J.L. IGLESIAS BUHIGUES) que cubriera la UE y la EFTA, pues los Estados no comunitarios de la EFTA no podían adherirse al Convenio de Bruselas. Hoy la situación es muy diferente. El Convenio de Lugano sólo se aplica a las relaciones entre Islandia, Noruega y Suiza entre sí y a las relaciones entre estos tres Estados con los Estados miembros de la UE. Este convenio de 1988 ha sido sustituido por el llamado Convenio de Lugano II (art. 69.6 CLug.II), de fecha 30 octubre 2007, en vigor desde el 1 enero 2010 (art. 69.2 CLug.II).

234. ➤ *Caso 1. Aplicación del Convenio de Lugano (2007) / Reglamento Bruselas I bis (2012).* Una empresa española presenta demanda judicial contra empresa con sede en Oslo ante un juez español en la que alega que la empresa noruega no ha entregado la mercancía pactada en el contrato, una partida de salmón, en Barcelona. Se discute qué norma de competencia judicial internacional debe aplicar el juez español para decidir si puede conocer del asunto, el Reglamento Bruselas I-bis o el convenio de Lugano II (2007). Solución→ Es aplicable para decidir en torno a la competencia judicial internacional de los tribunales españoles el Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007. En efecto, la sociedad demandada está domiciliada en Noruega, país parte exclusivamente en el dicho convenio y Estado no miembro y no participante en el Reglamento Bruselas I-bis. Con arreglo al art. 7.1.b guión segundo CLug.II, es competente el tribunal español correspondiente al lugar de entrega de la mercancía.

235. ➤ *Caso 2. Litispendencia entre tribunal suizo y tribunal español.* Se suscita una cuestión de litispendencia entre tribunal español y tribunal suizo en relación con un litigio relativo a la nulidad de un contrato internacional de venta de inmueble sito en España. Se duda sobre la aplicación al caso del Reglamento Bruselas I-bis o del Convenio de Lugano II. Solución→ El tribunal español aplicará el Convenio de Lugano II, para resolver la cuestión y no el Reglamento Bruselas I-bis, pues los tribunales implicados en la litispendencia pertenecen a Estados partes en el Convenio de Lugano II y no a dos Estados miembros participantes en el Reglamento Bruselas I-bis.

236. ➤ *Caso 3. Demandado con domicilio en Noruega.* Se presenta una demanda ante tribunal español contra un sujeto con domicilio en Noruega por haber incumplido un contrato de concesión comercial de venta en España y se duda sobre la aplicación al caso del Convenio de Lugano II. Solución→ El Convenio de Lugano II es aplicable. El tribunal español debe aplicar dicho convenio internacional y no el Reglamento Bruselas I-bis para decidir sobre la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, pues el demandado tiene su domicilio en un Estado parte en el Convenio de Lugano II y no participante en el Reglamento Bruselas I-bis. Ello se entiende, naturalmente, sin perjuicio de la aplicación de los arts. 24, 25 y 26 RB I-bis.

237. ➤ *Caso 4. Demandado con domicilio en España y sumisión a favor de tribunales suizos.* Una empresa con sede social en Köln demanda a una empresa con sede estatutaria en Barcelona ante tribunales españoles y surge la duda de saber si el Reglamento Bruselas I-bis es aplicable al caso. Solución→ El Reglamento Bruselas I-bis es aplicable, pues el demandado está domiciliado en un Estado miembro y participante en el Reglamento Bruselas I-bis. No obstante, si el demandado impugna la competencia de los tribunales españoles y alega una sumisión expresa hecha a favor de los tribunales suizos, la validez y efectos de dicha sumisión se regirán por el Convenio de Lugano II (art. 23 CLug.II) y no por el Reglamento Bruselas I-bis, pues se ha prorrogado, presuntamente, la competencia de tribunales de un país exclusivamente parte en el Convenio de Lugano (Suiza), y no participante en el Reglamento Bruselas I-bis.

238. ➤ *Caso 5. Demandado con domicilio en Suiza y demanda ante tribunales suizos.* Una empresa con sede social en Madrid presenta demanda ante tribunales suizos por incumplimiento de un contrato de agencia comercial que debía ejecutarse en España. El demandado tiene su domicilio en Suiza. Resulta preciso concretar si el tribunal suizo aplicará o no al caso el Reglamento Bruselas I-bis o el Convenio de Lugano II. Solución→ El tribunal suizo aplicará, para decidir sobre su competencia judicial internacional, exclusivamente, el Convenio de Lugano II de 2007, pues para Suiza no rige ni el Reglamento Bruselas I-bis ni el Convenio de Bruselas de 1968, textos legales que no forman parte del Derecho suizo y que no obligan a las autoridades suizas ya que Suiza no es un Estado miembro de la UE.

F) Diferencias entre el Reglamento Bruselas I (2000) y el Convenio de Lugano II (2007)

239. El Convenio de Lugano de 1988 ha sido sustituido por el Convenio de Lugano II de 30 octubre 2007 (*vid.* Decisión del Consejo UE de 27 noviembre 2008), que entró en vigor el 1 enero 2010. Aunque el Convenio de Lugano II ha tratado de reflejar fielmente el contenido del Reglamento Bruselas I de 2000, algunas diferencias han sido inevitables. Las más importantes son las que siguen: 1º) Art. 22 CLug.II: se ha aclarado que la competencia exclusiva en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, corresponde a los tribunales del Estado sujeto al Convenio en que se hubiere solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro en virtud de lo dispuesto en algún convenio internacional o instrumento legal de la UE, pero “*independientemente de que el asunto haya sido el resultado de una acción o de la defensa*”; 2º) Cuestiones particulares reguladas en los Protocolos anejos al Convenio de Lugano II, que son: (a) Protocolo 1, relativo a la notificación de documentos (art. 1), a la demanda sobre obligaciones de garantía o para la intervención de terceros (art. 2), a la reserva suiza de no aplicación del art. 34.2 CLug.II en lo relativo a la necesidad de “recurrir contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo” como requisito para que concurra el correspondiente motivo de denegación del *exequatur*; (b) Protocolo 2, relativo a la interpretación judicial uniforme del Convenio de Lugano II y a la creación de un Comité permanente al efecto; (c) Protocolo 3, relativo a la aplicación del artículo 67 del Convenio de Lugano II; 3º) Es importante recordar que el TJCE ha declarado que la celebración del nuevo Convenio de Lugano “corresponde íntegramente a la competencia exclusiva de la Comunidad Europea” y no a los Estados miembros (Dictamen TJCE 7 febrero 2006).

G) Vigencia del Convenio de Bruselas de 27 septiembre 1968 and a little bit of Brexit

240. El Convenio de Bruselas, antecedente directo del Reglamento Bruselas I (2000) e indirecto del Reglamento Bruselas I-bis (2012), presenta ciertas diferencias de fondo con ambos Reglamentos. El Convenio de Bruselas sigue en vigor en los territorios en los que se aplicaba el Convenio de Bruselas pero a los que no se aplica el Reglamento Bruselas I-bis en virtud del art. 355 TFUE. El Convenio de Bruselas ha experimentado diversas modificaciones. La interpretación vinculante del mismo corresponde al TJUE en virtud del Protocolo de 3 junio 1971. En la actualidad, y una vez sustituido por el Reglamento Bruselas I y I-bis, su aplicación es residual y poco frecuente. El art. 68. 1 RB I-bis dispone que el Reglamento Bruselas I-bis sustituirá, entre los Estados miembros, a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho Convenio y que están excluidos del Reglamento citado en virtud del art. 355 TFUE. Se ha sugerido que este Convenio podría resultar aplicable entre la UE y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte cuando el *Brexit* se concrete. En realidad, ello dependerá de lo que los términos concretos en los que se lleve a término el *Brexit* y de los acuerdos específicos entre la UE y el Reino Unido⁴⁷³.

⁴⁷³ En general, sobre el *Brexit* y el DIPr., *vid., ad ex.*, O. AKYUREK/C. PHILIBERT, “Brexit et exequatur”, *Petites affiches*, 406, 1, 2017, pp. 7-9; P. BERTOLI, “La ‘Brexit’ e il diritto internazionale privato e processuale”, *RDIPP*, LIII, 3, 2017, pp. 599-632; J. FITCHEN, “The PIL consequences of Brexit”, *NIPR*, 35, 3, 2017, pp. 411-432; T.M. GRUPP, “Entwicklungen im Umfeld einer Rechts- und Gerichtsstandswahl in Zeiten von Brexit”, *EuZW*, 28, 24, 2017, pp. 974-980; E. LEIN, “Unchartered territory?: a few thoughts on private international law post Brexit”, *Yearbook of Private International Law*, XVII, 2015-2016 (2017), pp. 33-47; H.-P. MANSEL/K. THORN/R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2016: Brexit ante portas!”, *IPRax*, 37, 1, 2017, pp. 1-39; M. PILICH, “Brexit and EU private international law: may the UK stay in?”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*,

A falta de tales acuerdos y disposiciones, parece imposible que el Convenio de Bruselas de 1968 resulte aplicable, puesto que se trata de un “Convenio cerrado” en el que sólo pueden participar los Estados partes de los Tratados fundacionales europeos y el Reino Unido habrá dejado de serlo. En verdad, el Convenio de Bruselas constituye un “Convenio estructural” de la UE (= a un nivel operativo similar al Tratado de Roma de 25 marzo 1987, por ejemplo), de modo que si un Estado miembro abandona la UE, abandona todos los Convenios estructurales de la UE, lo que incluye el Convenio de Bruselas de 1968.

III. Derecho aplicable

1. Introducción

241. En la actualidad, las normas de DIPr. más relevantes vigentes en España para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales son las que siguen:

- a) *Reglamento Roma II*. El texto legal más significativo para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales es el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“Reglamento Roma II”)⁴⁷⁴. El Reglamento Roma II señala la Ley aplicable a la

24, 3, 2017, pp. 382-398; R. PODSZUN/T. ROHNER, “Nach dem Brexit: die Stärkung staatlicher Gerichte für wirtschaftsrechtliche Streitigkeiten”, *BB*, 73, 9, 2018, pp. 450-454; B.K. RENTSCH, “Das Vereinigte Königreich als ‘Drittstaat’ im Sinne der Rom I-VO: zur Zukunft von Rechtswahl und zu den Gefahren der ‘Binnenmarktklausel’ nach dem Brexit”, *EuZW*, 28, 24, 2017, pp. 981-987; G. RÜHL, “The Effect of Brexit on the Resolution of International Disputes: Choice of Law and Jurisdiction in Civil and Commercial Matters”, en J. ARMOUR/H. EIDENMÜLLER (EDS.), *Negotiating Brexit*, München, C.H.Beck, Oxford, Hart, 2017, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 61-66; Id., “Judicial cooperation in civil and commercial matters after Brexit : which way forward?”, *JCLQ*, 67, 1, 2018, pp. 99-128; T. SNELLING, “Negotiating Brexit: recognition and enforcement of judgments”, en J. ARMOUR/H. EIDENMÜLLER (EDS.), *Negotiating Brexit*, München, C.H.Beck, Oxford, Hart, 2017, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 67-72; M. SONNENTAG, *Die Konsequenzen des Brexits für das internationale Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017; J. UNGERER, “Brexit von Brüssel und den anderen IZVR-/IPR-Verordnungen zum Internationalen Zivilverfahrens- und Privatrecht”, en KRAMME/BALDUS/SCHMIDT-KESSEEL (HRSG.), *Brexit und die juristischen Folgen: Privat- und Wirtschaftsrecht der Europäischen Union*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 297-320.

⁴⁷⁴ Sobre el Reglamento Roma II, *vid.*, *ad ex.*, T. BAYH, *Die Bereichsausnahme auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts in Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe d Verordnung Rom II: ein Beitrag zur Abgrenzung zwischen Delikts- und Gesellschaftsstatut im neuen Internationalen Privatrecht*, Hamburg, Kovač, 2014; C.H. BEHRENS, *Gesamtschuldnerausgleich und sonstige Regressansprüche im europäischen Kollisionsrecht nach der Rom I-, Rom II- und EG-Unterhaltsverordnung*, Hamburg, Kovač, 2013; G.-P. CALLIESS (ED.), *Rome Regulations: Commentary*, 2ª ed., Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2015; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, Granada, Comares, 2008; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation: the law applicable to non-contractual obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2008; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code”, *European Legal Forum*, 2007, pp. 77-91; R. GIL-NIEVAS, “El proceso negociador del Reglamento ‘Roma II’”, *AEDIP*, VII, 2007, pp. 109-185; A.S. DE S. GONÇALVES, *Da responsabilidade extracontratual em direito internacional privado: a mudança de paradigma*, Coimbra, Almedina, 2013; C. GRAF-SCHIMEK, “Die Rom II-VO und die internationale Zuständigkeit nach Art. 5 Nr. 3 EuGVVO”, en D. AICHBERGER-BEIG (HRSG.), *Rom II-VO: neues Kollisionsrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse*, Wien, Manz, 2008, pp. 17-35; V. GÜNGÖR, *Sorgfaltspflichten für Unternehmen in transnationalen Menschenrechtsfällen*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2016; P. HAY, “Contemporary approaches to non-contractual obligations in Private International Law (Conflict of Laws) and the European Community’s ‘Rome II’ Regulation”, *European Legal Forum*, 2007, pp. 137-151; J. VON HEIN, “Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung”, *ZEuP*, 2009, pp. 6-33; Id., “Of older siblings and distant cousins: The contribution of the Rome II Regulation to the comunitarisation of Private International Law”, *RabelsZ*, 73, 2009, pp. 461-508; G. HOHLOCH, “Die ‘Bereichsausnahmen’ der Rom II-VO”, *IPRax*, 2012, pp. 110-119; H. JACOBS, “Die Notwendigkeit der Wahl des auf außervertragliche Ansprüche anwendbaren Rechts in internationalen Wirtschaftsverträgen”, *IPRax*, 2015-4, pp. 293-297; A. JUNKER, “Die Rom II-Verordnung: Neues Internationales Deliktsrecht auf europäischer Grundlage”, *NJW*, 2007, pp. 3675-3683; T. KADNER GRAZIANO, “Das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht nach Inkrafttreten der Rom II-Verordnung”, *RabelsZ*, 73, 2009, pp. 1-76; M. KÖCK, *Die einheitliche Auslegung der Rom I-, Rom II- und Brüssel I-Verordnung im europäischen internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014; K. KREUZER, “Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts für ausservertragliche Schuldverhältnisse (Rom II)”, en G. REICHEL (HRSG.), *Europäisches Kollisionsrecht: anwendbares Recht, gerichtliche Zuständigkeit, Vollstreckung von Entscheidungen im Binnenmarkt*, Wien, Manz, 2004, pp. 13-62; A.-L. KÜHN, *Die gestörte Gesamtschuld im Internationalen Privatrecht: am Beispiel einer Spaltung des Mehrpersonenverhältnisses zwischen deutschem und englischem Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014; S. LEIBL/M. LEHMANN, “Die neue EG-Verordnung über das auf ausservertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (‘Rom

mayor parte de obligaciones extracontractuales que pueden suscitar litigios internacionales. Sin embargo, el Reglamento Roma II no señala la Ley aplicable a todas las posibles obligaciones extracontractuales que pueden plantearse ante los tribunales de los Estados miembros.

- b) *Otros textos de Derecho internacional privado.* Existen también otras normativas contenidas en Convenios y otros instrumentos legales internacionales que señalan la Ley aplicable a supuestos concretos de obligaciones extracontractuales: daños nucleares, contaminación del mar por hidrocarburos, etc.
- c) *El art. 10.9 del Código Civil.* El art. 10.9 CC no ha sido derogado por el Reglamento Roma II. Por tanto, el precepto se halla plenamente vigente. Varias consideraciones resultan precisas al respecto:

- 1º) El art. 10.9 CC designa la Ley aplicable a ciertos supuestos de obligaciones extracontractuales no regulados por dicho Reglamento Roma II ni por otros Convenios y textos legales internacionales en materia de obligaciones extracontractuales. Es el caso de la difamación, la lesión del derecho a la intimidad y la vulneración del derecho a la propia imagen.
- 2º) Por otro lado, visto que ciertas Comunidades Autónomas españolas disponen de normas civiles sustantivas específicas en materia de obligaciones extracontractuales, el art. 10.9 CC designa la Ley aplicable a los casos de Derecho interregional relativos a obligaciones extracontractuales (art. 16 CC). De todos modos, cuando se trata de cuestiones reservadas a la legislación estatal y no autonómica, como la prescripción de las acciones en relación con “materias mercantiles”, es aplicable la legislación del Estado español. Así ocurre con la prescripción de acciones derivadas de accidentes de circulación por carretera que se ejercitan contra compañías de seguros, pues la materia “seguros” es de competencia exclusiva del Estado⁴⁷⁵. La jurisprudencia relativa al art. 10.9 CC en casos de Derecho interregional es abundante⁴⁷⁶.

2. Caracteres generales del Reglamento Roma II

242. El Reglamento Roma II presenta los siguientes rasgos básicos:

- a) *Reglamento de perspectiva conflictual.* El Reglamento Roma II contiene normas de conflicto que señalan la Ley estatal reguladora de las obligaciones extracontractuales. Los Es-

II’), *RIW*, 2007, pp. 721-735; M. MANDERY, *Party autonomy in contractual and non-contractual obligations: a European and Anglo-Common Law perspective on the freedom of choice of law in the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations and the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations*, Frankfurt am Main, PL Acad. Research, 2014; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013; H. NETTLAU, *Die kollisionsrechtliche Behandlung von Ansprüchen aus unlauterem Wettbewerbsverhalten gemäß Art. 6 Abs. 1 und 2 Rom II-VO*, Frankfurt am Main, Bern, Wien, PL Acad. Research, 2013; T. ODENDAHL, *Internationales Deliktsrecht der Rom II-VO und die Haftung für reine Vermögensschäden*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2012; H. OFNER, “Die Rom II-Verordnung – Neues Internationales Privatrecht für ausservertragliche Schuldverhältnisse in der Europäischen Union”, *ZfRV*, 2008, pp. 13-24; D. PAULUS, *Außervertragliche Gesellschafter- und Organwalterhaftung im Lichte des Unionskollisionsrechts*, München, Beck, 2013; B. SUJECKI, “Die Rom II-Verordnung”, *EWS*, 2009, pp. 310-319; A. VOGELER, *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013; G. WAGNER, “Die neue Rom II-Verordnung”, *IPRax*, 2008, pp. 1-17; D.J. ZIMMER, *Konkretisierung des Auswirkungsprinzips bei Hard-core-Kartellrechtsverstößen: das internationale Kartellprivatrecht nach “Rom II” und “Empagran”*, Hamburg, Kovač, 2013.

⁴⁷⁵ SAP Madrid 17 marzo 2016 [ECLI:ES:APM:2016:4114] (accidente de circulación en Francia); SAP Barcelona 28 febrero 2013 [ECLI:ES:APB:2013:4401] (prescripción de acciones derivadas de accidentes de circulación ocurridos en Cataluña).

⁴⁷⁶ SAP Burgos 17 enero 2013 [ECLI:ES:APBU:2013:24] (prescripción de acciones en Derecho interregional); SAP Barcelona 4 septiembre 2012 [ECLI:ES:APB:2012:9343] (daños en vivienda); SAP Barcelona 19 julio 2011 [ECLI:ES:APB:2011:7718] (prescripción de la acción de repetición y hechos en Cataluña); SAP Barcelona 5 mayo 2011 [ECLI:ES:APB:2011:4356]; SAP Girona 5 marzo 2007 [ECLI:ES:APGI:2007:387] (accidente de tráfico en Cataluña al topar un vehículo con un jabalí); SAP Girona 8 octubre 2008 [ECLI:ES:APGI:2008:1634] (accidente de circulación en Catalunya); SAP Barcelona 30 septiembre 2009 [ECLI:ES:APB:2009:9916] (colisión de automóviles en Cataluña); SAP Barcelona 16 febrero 2011 [ECLI:ES:APB:2011:1797] (accidente de circulación en Cataluña); SAP Barcelona 22 marzo 2013 [ECLI:ES:APB:2013:3439] (obligaciones extracontractuales); SAP Barcelona 6 junio 2013 [ECLI:ES:APB:2013:6778] (prescripción de acciones extracontractuales); SAP Barcelona 23 abril 2013 [ECLI:ES:APB:2013:9876] (daños extracontractuales).

tados miembros, naturalmente, mantienen intactas sus normativas sustantivas en materia de obligaciones extracontractuales. Cada Estado miembro conserva su “Derecho sustantivo de daños”.

b) *Objetivos del Reglamento Roma II*. El Reglamento Roma II unifica las normas de conflicto de los Estados miembros en materia de obligaciones extracontractuales. Con ello, dicho Reglamento persigue diversos objetivos:

1º) *Acabar con el “Forum Shopping”*. Gracias al Reglamento Roma II, la Ley material reguladora de las obligaciones extracontractuales será siempre la misma, con independencia del tribunal que resulte competente para conocer del litigio, siempre que sea un tribunal de un Estado miembro.

2º) *Potenciar la seguridad jurídica, la certeza legal y el principio de previsibilidad legal*. Los sujetos que operan y habitan en la UE pueden saber, *ex ante*, con total certeza, cuál es la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, y con absoluta independencia del Estado miembro cuyos tribunales conozcan. Ahora bien, aunque el Reglamento Roma II persigue potenciar la “previsibilidad” en el sector de las obligaciones extracontractuales, ésta puede ser entendida de dos maneras: (a) Como la aplicación de la Ley que las partes esperan ver aplicada a la situación privada internacional que les afecta, esto es, como una directriz que conduce a aplicar la Ley más estrechamente conectada con el litigio, la Ley cuya aplicación comporta los costes conflictuales más reducidos; (b) Como la determinación segura, cierta, estable y clara de la Ley aplicable a la situación privada internacional. El legislador de la UE, sin excluir la primera noción, parece primar la segunda. El legislador de la UE está obsesionado con la elaboración de normas de conflicto rígidas porque piensa que ello aumenta la “seguridad jurídica” y la “previsibilidad” (O. BOSKOVIC).

3º) *Fomentar la libre circulación de personas, empresas y factores productivos en la UE*. El traslado de empresas y personas de uno a otro Estado miembro no provocará un cambio en la legislación aplicable a las obligaciones extracontractuales, lo que potencia la libre circulación de personas y factores productivos en la UE.

c) *Carácter erga omnes del Reglamento Roma II*. El Reglamento Roma II se aplica a las obligaciones extracontractuales incluidas en su ámbito de aplicación material con total independencia de la nacionalidad, domicilio y residencia habitual de las partes implicadas y de los litigantes, y con independencia, también, de cuál sea la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales, si la del Estado miembro de la UE cuyos tribunales deben conocer del asunto, la de otro Estado miembro de la UE o la de un tercer Estado (art. 3 RR-II) (*universelle Anwendung*)⁴⁷⁷. En consecuencia, las normas de DIPr. de producción interna de los Estados miembros ya no pueden aplicarse a los supuestos regidos por el Reglamento Roma II. Por otro lado, el Reglamento Roma II es vinculante para todos los Estados miembros de la UE, excepto para Dinamarca (art. 1.4 RR-II). El Reino Unido e Irlanda ejercitaron su derecho de *opting-in* y son Estados miembros en el Reglamento Roma II.

d) *Interpretación europea del Reglamento Roma II*. Los conceptos empleados por el Reglamento Roma II deben ser objeto de una interpretación autónoma, uniforme y europea, salvo que el mismo Reglamento contenga una remisión expresa al Derecho de los Estados miembros

⁴⁷⁷ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code”, *European Legal Forum*, 2007, pp. 77-91 (p. 78); P. KINDLER, *Einführung in das neue IPR des Wirtschaftsverkehrs: Praxishandbuch*, Frankfurt am Main, Verlag Recht und Wirtschaft, 2009, p. 138; S. LEIBLE, *Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht. Referat im Rahmen der Vortragsreihe “Rechtsfragen der europäischen Integration”*, Bonn, den 08.12.2008, Bonn, Verlag Zentrum für Europ. Wirtschaftsrecht, 2009, p. 23; R. SACK, “Internationales Lauterkeitsrecht nach der Rom II-VO”, *WRP*, 2008, pp. 845-865 (846); T. HOLZMÜLLER/C. VON KÖCKRITZ, “Private enforcement of Competition Law under the Rome II Regulation”, *G.C.L.R.*, 2010, pp. 91-97 (p. 91); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 375-381.

para determinar su sentido y su alcance. Para fijar el sentido uniforme, autónomo y europeo de un concepto utilizado por el Reglamento deben tenerse presentes el tenor literal de la disposición, su contexto y los objetivos perseguidos por el Reglamento Roma II⁴⁷⁸.

- e) *Remisión material*. La Ley designada por las normas de conflicto del Reglamento Roma II es, en todo caso, la Ley material de dicho país; es decir, las normas jurídicas vigentes en ese país con exclusión de las normas de Derecho internacional privado (art. 24 RR-II). El reenvío está prohibido en todo caso⁴⁷⁹.

3. Ámbito de aplicación

243. El Reglamento Roma II se aplica cuando concurren las circunstancias que delimitan su ámbito de aplicación material, espacial, personal y temporal⁴⁸⁰.

A) Material

244. El Reglamento Roma II se aplica para determinar la Ley aplicable en relación con los supuestos que presentan estos dos caracteres: a) Supuestos con carácter “internacional”; (b) Supuestos relativos a obligaciones extracontractuales.

a) Supuestos internacionales

245. El Reglamento Roma II determina, a través de sus normas de conflicto, la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, “*en las situaciones que comportan un conflicto de leyes*” (art. 1 *in primis* RR-II). Es decir, el Reglamento Roma II sólo es aplicable cuando el caso presenta “elementos extranjeros” que suscitan la duda de saber qué Ley estatal rige el supuesto.

246. Varias observaciones son precisas al respecto: 1º) *Remisión a la Ley de Estados plurilegislativos y “sistema inglés” de determinación de la Ley aplicable*. Cuando un Estado se compone de varias unidades territoriales con sus propias normas sustantivas en materia de obligaciones extracontractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable según el Reglamento Roma II (art. 25.1 RR-II)⁴⁸¹; 2º) *Supuestos de Derecho interregional*. El Reglamento Roma II no se aplica a tales casos de Derecho interregional. En el supuesto de España, y visto que España no ha formulado Declaración alguna al respecto, los casos de Derecho interregional relativos a obligaciones extracontractuales quedan sujetos al art. 10.9.1 CC⁴⁸².

b) Supuestos relativos a obligaciones extracontractuales

247. El Reglamento Roma II señala la Ley estatal aplicable a todo tipo de obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil:

⁴⁷⁸ STJUE 10 diciembre 2015, C-350/14, *Lazar*, § 21, ECLI:EU:C:2015:802, comentada por D. BUREAU, “La loi applicable à la réparation du préjudice par ricochet: Cour de justice de l’Union européenne, 10 décembre 2015, aff. C-350/14”, *RCDIP*, 4, 2016, pp. 678-684; T. KADNER GRAZIANO, “The law applicable to tort claims brought by secondary victims: the Florin Lazar v. Allianz Spa and Germanwings cases”, *Yearbook of Private International Law*, XVII, 2015-2016, pp. 477-489; A. SPICKHOFF, “Der Erfolgsort im europäischen Kollisionsrecht: Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10. Dezember 2015: mit Anmerkung”, *ZEuP*, 25, 4, 2017, pp. 953-965.

⁴⁷⁹ F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 178-181.

⁴⁸⁰ F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 82-82.

⁴⁸¹ F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 181-183.

⁴⁸² SAP Girona 5 marzo 2007 (accidente de tráfico acaecido en Cataluña al topar un vehículo con un jabalí y aplicación del Derecho catalán) [ECLI:ES:APGI:2007:387].

- 1º) *Concepto de “materia civil o mercantil”*. El concepto de “materia civil o mercantil” debe ser definido de modo autónomo, propio del Reglamento Roma II. Dicho concepto coincide con el mismo concepto de “materia civil o mercantil” que emplea el art. 1 RB-I según lo ha interpretado el TJCE en una muy copiosa jurisprudencia⁴⁸³. Quedan excluidas las relaciones en las que interviene un Estado que ejercita sus potestades soberanas de Derecho Público.
- 2º) *Concepto de “obligaciones extracontractuales”*. El concepto de “obligaciones extracontractuales” es un concepto autónomo, europeo y propio del Reglamento Roma II. No debe ser extraído de los Derechos nacionales de los Estados miembros. Por tanto, el art. 12.1 CC es inaplicable⁴⁸⁴. La autonomía europea del concepto “obligaciones extracontractuales” asegura la aplicación uniforme del Reglamento Roma II en todos los Estados miembros⁴⁸⁵. Dos precisiones resultan necesarias. Primera: El Reglamento Roma II determina la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales derivadas de los siguientes hechos y actos (art. 2 RR-II): (a) Un hecho dañoso. El Reglamento Roma II se aplica a las obligaciones extracontractuales que nacen de todo tipo de hecho dañoso, ya constituya éste un mero ilícito civil o un ilícito penal, delito o falta (H. BATIFFOL/P. LAGARDE, M. GARDEÑES SANTIAGO). Y todo tipo de daño está cubierto: daño material, daño moral, conductas ilícitas o de cualquier otro tipo. El Reglamento Roma II también se aplica en casos de daños “futuros” o daños “inminentes” (art. 2 RR-II). El Reglamento Roma II cubre tanto la “responsabilidad por culpa” como la “responsabilidad objetiva” (Cons. 11 RR-II); (b) Enriquecimiento injusto; (c) Gestión de negocios; (d) *Culpa in contrahendo*⁴⁸⁶. Segunda: Es irrelevante el orden jurisdiccional al que pertenezca el tribunal o la autoridad pública que resulte competente para decidir del asunto. Toda autoridad pública de los Estados miembros debe aplicar el Reglamento Roma II, ya se trate de un juez del orden jurisdiccional penal, contencioso-administrativo, laboral, civil, mercantil, o de cualquier otra autoridad pública (*vid.* Cons. 8 RR-II).

248. Varias observaciones son precisas.

- 1º) *Definición del concepto por el TJUE*. El concepto de “obligaciones extracontractuales” no se define en el Reglamento Roma II. Pero el TJUE acude presto al rescate con su habitual energía creativa de conceptos jurídicos. En efecto, el TJUE ha perfilado este concepto en su jurisprudencia relativa al Reglamento Bruselas I-bis de 22 diciembre 2000 y ha proporcionado un concepto autónomo de estas obligaciones⁴⁸⁷. En efecto, el TJCE entiende que las obligaciones extracontractuales son todas aquéllas que se producen al margen de una relación contractual entre las partes, es decir, al margen de una “vinculación jurídica voluntaria entre las partes”⁴⁸⁸.

⁴⁸³ STJUE 23 octubre 2014, C-302/13, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, ECLI:EU:C:2014:2319, §§ 28-33; STJCE 14 octubre 1976, C-29/76, *LTU/Eurocontrol*, ECLI:EU:C:1976:137; STJCE 16 diciembre 1980, C-814/79, *Paises Bajos/Rüf-fer*, ECLI:EU:C:1980:291; STJCE 14 noviembre 2002, C-271/00, *Baten*, ECLI:EU:C:2002:656; STJCE 15 mayo 2003, C-266/01, *Préservatrice Foncière TIARD*, ECLI:EU:C:2003:282; STJUE 15 febrero 2007, C-292/05, *Lechouritou y otros*, ECLI:EU:C:2007:102; STJCE 18 mayo 2006, C-343/04, *Čez*, ECLI:EU:C:2006:330.

⁴⁸⁴ SAP Madrid, Sec.21ª, 4 enero 1994, *REDI*, XLVII,1995, pp. 249-253.

⁴⁸⁵ STJCE 30 noviembre 1976, C-21/76, *Handelskwekerij Bier/Mines de Potasse d’Alsace*, ECLI:EU:C:1976:166; STJCE 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459.

⁴⁸⁶ *Vid., ad ex.*, G. FISCHER, “Culpa in contrahendo im europäischen Internationalen Privatrecht”, en J. BAUR ET AL. (HRSG.), *Festschrift für Gunther Kühne zum 70. Geburtstag*, Frankfurt, Verlag Recht und Wirtschaft, 2009, pp. 689-701; S. TOMMASI, “Neuere Entwicklungen zum Thema culpa in contrahendo”, *GPR*, 7, 2010, pp. 291-302.

⁴⁸⁷ C. WENDELSTEIN, “Wechselseitige Begrenzung von Vertrags- und Deliktsgerichtsstand im Rahmen des europäischen Zuständigkeitsrechts”, *ZEUP*, 2015, pp. 622-636; A. WENDENBURG/M. SCHNEIDER, “Vertraglicher Gerichtsstand bei Ansprüchen aus Delikt?”, *NJW*, 2014, pp. 1633-1636.

⁴⁸⁸ STJCE 22 marzo 1983, C-34/82, *Peters/Zuid Nederlandse Aannemers vereniging*, ECLI:EU:C:1983:87; STJCE 8 marzo 1988, C-9/87, *Arcado/Haviland*, ECLI:EU:C:1988:127; STJCE 27 septiembre 1988, C-189/87, *Kalfelis/Schröder y otros*, ECLI:EU:C:1988:459; STJCE 17 junio 1992, C-26/91, *Handie/TMCS*, ECLI:EU:C:1992:268; STJCE 27 octubre 1998, C-351/96, *Drouot assurances/Consolidated metallurgical industries y otros*, ECLI:EU:C:1998:242; STJCE 17 septiembre 2002, C-334/00, *Tacconi*, ECLI:EU:C:2002:499; STJCE 1 octubre 2002, C-167/00, *Henkel*, ECLI:EU:C:2002:555; STJCE 5 febrero 2004, C-265/02, *Frahuil*, ECLI:EU:C:2004:77.

- 2º) *Noción de “vinculación jurídica voluntaria entre las partes”*. La noción de “vinculación jurídica voluntaria de una parte frente a otra” y, en consecuencia, la noción de “materia contractual”, es muy amplia⁴⁸⁹. Así, el TJCE entiende que son materia contractual los pleitos derivados de nulidad o inexistencia del contrato y de “contratos preliminares”: puede existir “materia contractual” incluso si el contrato no se ha celebrado formalmente.
- 3º) *Amplitud de la noción materia contractual y limitación de la noción “obligaciones extracontractuales”*. En consecuencia, vista la amplitud de la noción propia del Derecho de la UE y relativa a la “materia contractual”, la noción de “materia extracontractual” resulta ser residual y restringida⁴⁹⁰. Por tanto, deben considerarse como “obligaciones extracontractuales” aquellas obligaciones que derivan de un hecho ilícito o no, siempre que no sean “contractuales” y no aparezcan estrechamente ligadas a otras instituciones jurídicas.
- 4º) *Casos de calificación complicada*. Siempre quedarán hechos de difícil calificación, como los accidentes laborales, los que se producen en el contexto de un contrato de transporte o los daños financieros (J.C. SEUBA TORREBLANCA)⁴⁹¹. Dos reglas pueden emplearse en estos “casos difíciles”: (a) *Primera regla*: en principio, cuando exista un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra, la responsabilidad derivada de dichos accidentes, debe ser considerada como “contractual” (H. BATIFFOL / P. LAGARDE, D. HOLLEAUX / J. FOYER / G. DE GEOUFFRÉ DE LAPRADELLE). En caso contrario, debe primar su calificación extracontractual y el Reglamento Roma II será aplicable (L. FERRARI BRAVO, M.C. PRYLES, G. BALLADORE PALLIERI); (b) *Segunda regla*: si la solución anterior no es viable, puede seguirse la regla creada por el TS español, en cuya virtud, en estos “casos grises” situados entre la responsabilidad contractual y extracontractual, debe abrirse una “opción calificatoria” en beneficio del perjudicado. Éste debe poder optar por ejercitar una acción contractual o extracontractual, según más le convenga. Esta opción, trasladada al campo del DIPr., produce un resultado curioso (L. GARAU JUANEDA): el perjudicado debe poder elegir entre la aplicación de la norma de conflicto que señala la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I de 17 junio 2008) o la aplicación de la norma de conflicto que señala la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II de 11 julio 2007). Esta solución también ha sido apoyada por el TJUE en casos en los que la intervención de una persona genera daños que pueden ser calificados como “contractuales” (= infracción de deberes asumidos voluntariamente por el presunto responsable) o “extracontractuales” (= infracción del deber general de no dañar a otro/*neminem laedere*)⁴⁹².

249. ➤ *Caso. Naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad civil de los autores de prácticas anticompetitivas: El caso Cinésogar (2017)*. La empresa titular de una sala de cinematografía (*Ciné-Théâtre du Lamentin*) solicitó ante los tribunales franceses, en 2010, que una empresa distribuidora de películas, previamente condenada por la Autoridad Nacional de la Competencia francesa (decisión *Conseil de la Concurrence* 15 septiembre 2004, nº 04-D-44, *relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l’exploitation de films*) y la *Cour d’appel* de París por abuso de posición dominante (sentencia *Cour d’Appel* de París, 1^{re} ch. H, 29 marzo 2005, RG 2004/19930), le indemnizase con una cantidad cercana a los 2 millones de euros por los *daños económico y moral causados*. El demandante basaba su demanda en la *responsabilidad contractual* de la empresa con la que había mantenido una relación comercial duradera. Solución → La *Cour d’Appel* de Fort-de-France no entró a conocer del fondo del asunto; puesto que consideró que la acción estaba prescrita. Pero, previamente, tuvo que precisar cuál era la naturaleza de la responsabilidad civil atribuible, en su caso, al autor de un acto anticompetitivo. Es cierto que casi siempre se contemplan los daños anticompetitivos como un su-

⁴⁸⁹ H. REIHER, *Der Vertragsbegriff im europäischen Internationalen Privatrecht: ein Beitrag zur Abgrenzung der Verordnungen Rom I und Rom II*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 2010.

⁴⁹⁰ STJCE 17 junio 1992, C-26/91, *Handte/TMCS*, ECLI:EU:C:1992:268.

⁴⁹¹ J.C. SEUBA TORREBLANCA, “Derecho de daños y Derecho internacional privado: algunas cuestiones sobre la legislación aplicable y la Propuesta de Reglamento ‘Roma II’”, *Indret*, 269, 1, 2005, pp. 1-30 (www.indret.com).

⁴⁹² STJUE 16 mayo 2013, C-228/11, *Melzer*, ECLI:EU:C:2013:305, § 21.

puesto de obligación extracontractual (= la obligación de indemnizar surge *ex lege*; porque se ha infringido el Derecho de la competencia, que está formado por normas de Derecho imperativo). Pero también es cierto que cabe preguntarse si se debe mantener la anterior afirmación, cuando existe un vínculo contractual previo entre el causante del daño y la víctima. En este caso, la *Cour d'Appel* de Fort-de-France no pareció excluir *a priori* que se pueda debatir esto último. Finalmente, sin embargo, la *Cour d'Appel* de Fort-de-France se apartó de la tesis sostenida por la demandante. Proclamó la *responsabilidad extracontractual*, al seguir un razonamiento por exclusión: “[...] *en l'absence de manquement de la société Filmdis à ses obligations nées du contrat spécifiquement conclu avec M. Rosan C., les fautes commises para celle-ci ne peuvent engager que sa responsabilité délictuelle*” (sentencia *Cour d'Appel* de Fort-de-France 24 enero 2017, RG 15/00486, *C. c/ SARL Cinésogar, SARL Filmdis, SAS Mediagestion*)⁴⁹³.

250. El Reglamento Roma II no se aplica, en particular, a las siguientes materias (art. 1.2 RR-II): 1º) *Responsabilidad civil derivada de supuestos regulados por el Derecho Público*. El Reglamento Roma II no se aplica a las materias fiscales, aduaneras y administrativas ni a los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*) (Cons. 9 RR-II). Son “actos *iure imperii*” todos aquellos que los Estados o sus órganos llevan a cabo cuando operan y actúan en cuanto Estados u órganos del mismo, es decir, “actos de autoridad”; 2º) *Responsabilidad civil derivada de supuestos de Derecho de Familia*; 3º) *Responsabilidad civil derivada en casos de Derecho sucesorio y matrimonial*; 4º) *Obligaciones cartáceas*; 5º) *Obligaciones propias del Derecho societario*; 6º) *Trust*; 7º) *Obligaciones extracontractuales que se deriven de un daño nuclear*; 8º) *Obligaciones extracontractuales derivadas de la vulneración de la intimidad y de los derechos de la personalidad*; 9º) *Cuestiones relativas de la prueba y el proceso*. El Reglamento Roma II no se aplica a estas cuestiones, sin perjuicio de los arts. 21 y 22 RR-II.

B) Espacial

251. El Reglamento Roma II se aplica por todas las autoridades de los Estados miembros participantes en dicho Reglamento y en el entero territorio de tales Estados miembros (*räumlicher Anwendungsbereich*)⁴⁹⁴. Son Estados miembros participantes en el Reglamento Roma II todos los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca (art. 1.4 RR-II), que debe ser tratada, desde esta perspectiva, como un tercer Estado⁴⁹⁵. El Reino Unido e Irlanda ejercitaron su derecho de *opting-in* y son Estados miembros en el Reglamento Roma II.

C) Personal

252. El Reglamento Roma II presenta carácter *erga omnes*. Ello significa que se aplica para determinar la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales incluidas en su ámbito de aplicación material con total independencia de la nacionalidad, domicilio y residencia habitual de las partes implicadas y de los litigantes, y con independencia, también, de cuál sea la Ley estatal reguladora de las obligaciones extracontractuales (art. 3 RR-II). En consecuencia, las normas de DIPr. de producción interna de los Estados miembros ya no pueden aplicarse a los supuestos regidos por el Reglamento Roma II.

⁴⁹³ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017 – juillet 2017)”, *Concurrences*, n° 4, 2017, pp. 212-223 (pp. 213-215).

⁴⁹⁴ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “The Rome II Regulation: On the way towards a European Private International Law Code”, *European Legal Forum*, 2007, pp. 77-91 (p. 78); H. HEISS/L. LOACKER, “Die Vergemeinschaftung des Kollisionsrechts der ausservertraglichen Schuldverhältnisse durch Rom II”, *JBl*, 2007, pp. 613-646 (p. 616); A. JUNKER, “Das internationale Privatrecht der Strassenverkehrunfälle nach der Rom II-Verordnung”, *JZ*, 2008, pp. 169-178 (p. 170); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 374-375; W. WURMNEST, “Internationale Zuständigkeit und anwendbares Recht bei grenzüberschreitenden Kartelldelikten”, *EuZW*, 23, 24, 2012, pp. 933-939 (p. 936).

⁴⁹⁵ C. HANDIG, “Rom II-VO: Auswirkungen auf das Internationale Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht”, *wbl*, 2008, pp. 1-12 (p. 2); J. VON HEIN, “Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung”, *ZEuP*, 2009, pp. 6-33 (p. 15).

D) Temporal

253. El Reglamento Roma II es *irretroactivo*. Se aplica exclusivamente a los “*hechos generadores de daño que se produzcan después de su entrada en vigor*” (art. 31 RR-II) (*die zeitliche Anwendbarkeit*). Lo relevante no es el momento en el que se verifica el “daño”, sino el momento en el que tiene lugar el “hecho” generador del daño. *Ejemplo*: es relevante el momento en el que se produce un vertido contaminante en un río a su paso por España y no el momento en el que un sujeto que se baña en dicho río a su paso por Portugal resulta dañado en su persona y/o bienes. El Reglamento Roma II se aplica íntegramente a los hechos ocurridos a partir del 11 enero 2009 (art. 32 RR-II)⁴⁹⁶.

254. Es cierto que el Reglamento Roma II no contiene una norma que fije de manera expresa la fecha de *entrada en vigor* del mismo⁴⁹⁷. El art. 32 RR-II señala, exclusivamente, la “fecha de aplicación” del Reglamento (= momento temporal a partir del cual se aplica, lo que presupone que ya ha entrado en vigor). Pues bien, para concretar la fecha de entrada en vigor del Reglamento Roma II procede recurrir a la regla general formulada en el art. 297.1.III TFUE: “*Los actos legislativos se publicarán en el Diario Oficial de la Unión Europea. Entrarán en vigor en la fecha que ellos mismos fijen o, a falta de ella, a los veinte días de su publicación*”. Visto que el Reglamento Roma II fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el día 31 julio 2007, entró en vigor veinte días después de su publicación, es decir, el 20 agosto 2007 (*Geltungsbeginn*). El art. 31 RR-II fija, en realidad, el “momento de aplicación inicial del Reglamento” y no el “momento de su entrada en vigor”, pese a lo confuso de la rúbrica del precepto. El Reglamento Roma II se aplica a los *daños verificados a partir del 11 enero 2009*⁴⁹⁸. Desde esta fecha, los tribunales de los Estados miembros, dentro de los límites espaciales del RR-II, están obligados a aplicar sus normas y, por tanto, también el art. 6 RR-II a los hechos generadores de daños (*Schadensereignisse*) que se produzcan⁴⁹⁹.

4. Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en general

255. El sistema general para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en el Reglamento Roma II recoge diversos puntos de conexión que se estructuran del siguiente modo (arts. 14 y 4 RR-II):

1º) *Ley elegida por las partes*. En primer lugar, las obligaciones extracontractuales se regirán por la Ley elegida por las partes en los términos del art. 14 RR-II⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ Sent. JMercantil de Madrid 9 enero 2014 (nulidad relativa de marcas y daños en España, Méjico, Chile y Perú) [ECLI:ES:JMM:2014:5].

⁴⁹⁷ J. GLÖCKNER, “Keine klare Sache: Der zeitliche Anwendungsbereich der Rom II-Verordnung”, *IPRax*, 2009, pp. 121-124.

⁴⁹⁸ En este sentido, *ad ex.*, STJUE 17 noviembre 2011, C-412/10, *Homawoo*, ECLI:EU:C:2011:747, §§ 29-30 (accidente ocurrido en Francia el 29 agosto 2007 y demanda por daños en Inglaterra con arreglo al Derecho inglés); sentencia High Court (Ch Div) 9 marzo 2018, *Deutsche Bahn AG & Others v MasterCard*, [2018] EWHC 412 (Ch), § 25, comentada por W. JAZRAWI/A. ZALEWSKA, “Mastering applicable law in English proceedings: Deutsche Bahn v Mastercard”, *G.C.L.R.*, 10, 4, 2017, pp. R41-R51.

⁴⁹⁹ A. BÜCKEN, “Intertemporaler Anwendungsbereich der Rom II-Verordnung”, *IPRax*, 2009, pp. 125-128; M. ILLMER, “Luxemburg locuta, causa finita! Zum zeitlichen Anwendungsbereich der Rom II-Verordnung”, *GPR*, 9, 2012, pp. 82-84 (p. 84); H.-P. MANSEL/K. THORN/R. WAGNER, “Europäisches Kollisionsrecht 2011: Gegenläufige Entwicklungen”, *IPRax*, 2012, pp. 1-31 (p. 28); F. MUNARI, “L’entrata in vigore del Regolamento Roma II e i suoi effetti sul private antitrust enforcement”, en G. VENTURINI/S. BARIATTI, *Liber Fausto Pocar*, vol. II, Milano, 2009, pp. 757-771 (también en *Dir. comm. int.*, 22.2, 2008, pp. 281-295); B. SUECKI, “Die Entwicklung des europäischen Privat- und Zivilprozessrechts im Jahr 2011”, *EuZW*, 2012, pp. 327-332 (pp. 331-332); G. SCHULZE, “Vorlagebeschluss zur intertemporalen Anwendung der Rom II-VO”, *IPRax*, 2011, pp. 287-288; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 381-382.

⁵⁰⁰ P. BERTOLI, “Choice of Law by the Parties in the Rome II Regulation”, *RDI*, 2009, pp. 697-716; A. ESPINIELLA MENENDEZ, “La autonomía de la voluntad en el Reglamento (CE) n° 864/2007 (‘Roma II’) sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, *Noticias de la Unión Europea*, n° 299, 2009, pp. 95-109; H. JACOBS, “Die Notwendigkeit der Wahl des auf außervertragliche Ansprüche anwendbaren Rechts in internationalen Wirtschaftsverträgen”, *IPRax*, 2015-4, pp. 293-297; J. KÖTHE, *Schranken der Parteiautonomie im internationalen Deliktsrecht*, Berlin, Münster, Lit-Verl. 2008; S. LEIBLE, “Re-

- 2º) *Ley de la residencia habitual común de las partes*. En defecto de Ley elegida en las condiciones del art. 14 RR-II, las obligaciones extracontractuales se rigen por la Ley del Estado en el que la persona cuya responsabilidad se alega y la persona perjudicada tengan su residencia habitual común en el momento en que se produzca el daño (art. 4.2 RR-II)⁵⁰¹.
- 3º) *Lex Loci Delicti Commissi*. En defecto de los criterios anteriores, las obligaciones extracontractuales se regirán por la Ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión (art. 4.1 RR-II)⁵⁰².
- 4º) *Cláusula de excepción*. No obstante, y salvo el caso en el que las partes hayan elegido la Ley aplicable con arreglo al art. 14 RR-II, si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el art. 4.1 ó 4.2 RR-II, se aplicará la ley de este otro país (art. 4.3 RR-II)⁵⁰³.

256. Las normas de conflicto contenidas en el RR-II no impiden que los Estados miembros apliquen sus propias *normas jurídicas imperativas* (“leyes de policía”) reguladoras de las obligaciones extracontractuales, cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación extracontractual (art. 16 RR-II)⁵⁰⁴. En efecto, los Estados miembros pueden disponer de normativas imperativas aplicables a las obligaciones extracontractuales en ciertos casos “internacionales”. Las normas de conflicto contenidas en el Reglamento Roma II no imposibilitan la aplicación de dichas normas imperativas⁵⁰⁵. El concepto de norma jurídica internacionalmente imperativa no viene definido por el art. 16 RR-II. Es un silencio intencionado. Como se observa fácilmente, si se analizan los antecedentes históricos y los trabajos legislativos que condujeron finalmente al Reglamento Roma II, la noción es la misma, *mutatis mutandis*, que la que empleó el art. 7.2 del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales y la que emplea el art. 9.1. RR-I, que, como es comúnmente sabido, se inspiró en la STJCE 23 noviembre 1999, C-369/96 y C-376/96, *Arblade*, ECLI:EU:C:1999:575, § 30: “[...] en relación con la calificación [...] de las disposiciones controvertidas como leyes de policía y de seguridad, debe entenderse esta expresión en el sentido de que se refiere a las disposiciones nacionales cuya observancia se

chtswahl im IPR der ausservertraglichen Schuldverhältnisse nach der Rom II-VO”, *RIW*, 2008, pp. 257-264; M. MANDERY, *Party autonomy in contractual and non-contractual obligations: a European and Anglo-Common Law perspective on the freedom of choice of law in the Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations and the Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations*, Frankfurt am Main, PL Acad. Research, 2014; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 96-107; A. VOGELER, *Die freie Rechtswahl im Kollisionsrecht der außervertraglichen Schuldverhältnisse*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2013.

⁵⁰¹ F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 114-116.

⁵⁰² J. FUENTES MAÑAS, “La regla *lex loci delicti commissi* y normas localizadoras especiales”, *AEDIP*, VII, 2007, pp. 341-352; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, “Un apunte sobre la llamada ‘Regla general’ en el Reglamento ‘Roma II’”, *AEDIP*, VII, 2007, pp. 241-250.

⁵⁰³ F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 116-117. Sobre las “cláusulas de excepción”, *vid.*, *ad ex.*, T. HIRSE, *Die Ausweichklausel im Internationalen Privatrecht: methodentheoretische und -kritische Gedanken zur Konkretisierung einer besonderen kollisionsrechtlichen Generalklausel*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006; S. SCHREIBER, *Ausweichklauseln im deutschen, österreichischen und schweizerischen internationalen Privatrecht*, Hamburg, Kováč, 2001.

⁵⁰⁴ *Vid.*, *ad ex.*, R. FREITAG, “Ausländische Eingriffsnormen vor deutschen Gerichten”, *NJW*, 71, 7, 2018, pp. 430-435; L. GÜNTHER, *Die Anwendbarkeit ausländischer Eingriffsnormen im Lichte der Rom I- und Rom II-Verordnungen*, Saarbrücken, Verlag Alma Mater, 2011; B. VON HOFFMANN, “Sonderanknüpfung zwingender Normen im internationalen Deliktsrecht”, en P. GOTTWALD/E. JAYME (HRSG.), *Festschrift für Dieter Henrich zum 70. Geburtstag I. Dezember 2000*, Bielefeld, Gieseking, 2000, pp. 283-296; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 158-166; J. NOJACK, *Exklusivnormen im IPR: Interessenanalyse, dogmatische Einordnung und Anwendungsprobleme*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2005, pp. 117-124; D. SCHRAMM, *Ausländische Eingriffsnormen im Deliktsrecht: ein Beitrag zu Art. 19 IPRG und Art. 12 Abs. 1 des Entwurfes einer Rom II-Verordnung*, Bern, Stämpfli, 2004; A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 637-668.

⁵⁰⁵ Sent. Cour Cassation Francia 25 enero 2007 (Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de accidente ocurrido en los Estados Unidos e indemnización a las víctimas con arreglo a la Ley francesa), *RCDIP*, 2008, p. 596.

ha considerado crucial para la salvaguardia de la organización política, social o económica del Estado miembro de que se trate, hasta el punto de hacerlas obligatorias para toda persona que se encuentre en el territorio nacional de ese Estado miembro o con respecto a toda relación jurídica localizada en él⁵⁰⁶. De ahí el art. 12 de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II), Bruselas, 22 julio 2003, COM(2003) 427 final, que desapareció del texto definitivo del Reglamento Roma II⁵⁰⁷. Por otra parte, estas normas no son abundantes en este sector; aunque existen, dado que es perfectamente posible que una norma de este tipo no sólo proteja intereses de Derecho público, sino, además, intereses individuales (sentencia OLG Frankfurt 2 octubre 2001, *WUW/E DE-R*, 801-805)⁵⁰⁸.

5. Ámbito de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales

257. El ámbito de la Ley aplicable designada por el Reglamento Roma II como Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales es muy amplio. Las cuestiones que regula la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales se relacionan, si bien de modo no exhaustivo, en el art. 15 RR-II. En concreto, la Ley designada por el Reglamento Roma II regulará los siguientes aspectos: 1º) Fundamento y el alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos; 2º) Causas de exoneración de la responsabilidad civil, así como toda limitación y reparto de la responsabilidad; 3º) Existencia, naturaleza y evaluación de los daños o indemnización solicitada; 4º) Dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales rige las medidas que puede adoptar un tribunal para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño. El art. 15 Reg. Roma II permite que el tribunal que conoce del asunto pueda adoptar una medida cautelar prevista por su legislación (*Lex Fori*) pero en relación con bienes determinados respecto de los cuales la medida cautelar no puede adoptarse según la *Lex Fori*, aunque sí según la Ley reguladora de las obligaciones extracontractuales. Esto es: el catálogo de medidas procesales y cautelares se rige por la *Lex Fori* pero las condiciones necesarias de fondo para adoptar tales medidas (= la oportunidad de hacerlo, su procedencia), se rigen por la Ley que regula las obligaciones extracontractuales determinada *ex* Reglamento Roma II. El embargo (= el procedimiento del mismo, sus requisitos procesales) se rige por la *Lex Fori* pero cuándo ordenar el embargo y por qué son cuestiones sujetas la Ley que rige las obligaciones extracontractuales; 5º) Transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización; 6º) Personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente; 7º) Responsabilidad por actos de terceros; 8º) Modo de extinción de las obligaciones, así como las normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas al inicio, interrupción y suspensión de los plazos de prescripción y caducidad⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ Comentada, *ad ex.*, por Y. ARIF, "Eingriffsnormen und öffentlichrechtliche Genehmigungen unter der Rom II-VO", *ZfRV*, 2011, pp. 258-267; M. FALLON, *RCDIP*, 2000, pp. 728-737; S. KREBBER, "Die Anwendung des eigenen Arbeitsrechts auf vorübergehend aus einem anderen Mitgliedstaat entsandte Arbeitnehmer. Europa- und kollisionsrechtliche Gedanken", *ZEUP*, 2001, pp. 365-378; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, "Otra lectura de la jurisprudencia del TCJE sobre desplazamiento de trabajadores. (del asunto Arblade al Portugaia)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2002, pp. 435-453; M. LUBY, "Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes. Circulation des personnes et des services", *JDI Clunet*, 2000, pp. 493-494; K. MAYR, "Dienstleistungsfreiheit, Schlechtwetter- und Treuemarken im Baugewerbe - eine unendliche Geschichte?", *European Law Reporter*, 1999, pp. 506-507. En general, sobre las normas materiales imperativas en el Derecho laboral internacional, *vid.*, *ad ex.*, R. CALLSEN, *Eingriffsnormen und Ordre public-Vorbehalt im Internationalen Arbeitsrecht: ein deutsch-französischer Vergleich*, Baden-Baden, Nomos, 2015; A. STOLL, *Eingriffsnormen im internationalen Privatrecht: dargestellt am Beispiel des Arbeitsrechts*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2002; G. STRAUPE, *Sozialrechtliche Eingriffsnormen im internationalen Privatrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2001; P. WENNINGER, *Die arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes als inländische Eingriffsnormen des internationalen Arbeitsrechts: unter Berücksichtigung der Rom I-Verordnung*, Göttingen, Cuvillier, 2012.

⁵⁰⁷ R. GIL-NIEVAS, "El proceso negociador del Reglamento 'Roma II'", *AEDIP*, VII, 2007, p. 168.

⁵⁰⁸ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 640.

⁵⁰⁹ SAP Madrid 17 marzo 2016 (accidente de circulación en Francia) [ECLI:ES:APM:2016:4114]; SAP Barcelona 30 septiembre 2009 (colisión de automóviles en Cataluña y aplicación de la Ley catalana a la prescripción de la acción) [ECLI:ES:APB:2009:9916]; SAP Barcelona 16 febrero 2011 (accidente de circulación en Cataluña) [ECLI:ES:APB:2011:1797].

258. Sin perjuicio de que, a continuación, se analice la normativa especial del Reglamento Roma II para los actos contrarios al Derecho antitrust, debe dejarse ya constancia de que un problema práctico que suele plantearse es el de la *prescripción de la acción de indemnización por daños antitrust (die Einrede der Verjährung)*: todo parece estar sometido a discusión en los tribunales (la *duración* del plazo de prescripción, el *punto de partida* del plazo de prescripción [*dies a quo*], las eventuales *causas de interrupción o suspensión* del plazo de prescripción)⁵¹⁰. Puede plantearse como un *problema autónomo* (= transcurrió el tiempo y resulta preciso saber cuánto pasó desde que el cártel o el abuso de posición dominante terminó: más allá de una fecha, ya no puede interponerse una acción judicial por daños) o como un *problema dependiente de una cuestión de Derecho transitorio* (= el régimen legal previsto para la prescripción por la legislación interna es sustituido por un plazo distinto previsto en una normativa nueva que sustituye a la anterior, como, *ad ex.*, la Directiva de indemnización por daños antitrust o la legislación estatal que la desarrolla).

La nueva normativa es “irretroactiva”: no puede aplicarse a actos anticompetitivos que se realizaron antes de que estuviera en vigor ni puede, por tanto, “resucitar” las posibles acciones de las partes que ya prescribieron (*ad ex.*, sentencia Rechtbank Limburg 16 noviembre 2016, C/03/190094 / HA ZA 14-204, ECLI:NL:RBLIM:2016:9897; sentencia LG Mannheim 24 enero 2017, 2 O 195/15, disponible en: http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=21866).

Una normativa de un Estado miembro de la UE que no reconozca que la sumisión del asunto concurrencial a la Autoridad Nacional de Competencia tiene el efecto de interrumpir el plazo de prescripción de la acción de reparación puede tener carácter *inconstitucional* (sentencia *Cour constitutionnel* belga 10 marzo 2016, n° 38/2016, *Herman Verboven c/ Honda*).

259. ➤ *Caso 1. Prescripción e interrupción de la prescripción: El caso Orange Réunion (2016)*. Entre 2004 y 2020, fue frecuente que operadores de telefonía franceses practicasen “diferenciación tarifaria”; es decir, *precios discriminatorios* que distinguían entre lo que se cobraba por las llamadas dentro de una misma red (*on-net*) y las llamadas entre teléfonos pertenecientes a distintas redes (*off-net*). La Autoridad Nacional de la Competencia francesa consideró, en repetidas ocasiones, que esta práctica constituía un *abuso de posición dominante*. Así, *ad ex.*, la decisión de la *Autorité de la Concurrence* de 13 junio 2014, n° 14-D-05, sancionó por este tipo de prácticas en algunos mercados regionales franceses con una multa de 45 millones de euros a SFR y a su filial SRR. Como consecuencia de esto último, *Orange Réunion*, filial de Orange interpuso una acción de reparación de daños anticompetitivos ante el Tribunal de comercio de París contra SFR y su filial SRR (= solicitó una indemnización de 135,2 millones de euros). Técnicamente, el Tribunal de comercio de París debió enfrentarse a un problema que, en muy poco tiempo, se ha vuelto *un clásico* en el mundo de las acciones civiles por daños anticompetitivos: cuál es el momento inicial o *dies a quo* a partir del cual se debe computar el plazo de prescripción y cuáles son los hechos o actos que interrumpen/suspenden el cómputo del plazo de prescripción. Solución → La sentencia del Tribunal de commerce de París, 15^o ch., 20 junio 2016, *SA Orange Réunion c/ SRR et SFR*, RG 2014058853, resolvió ambas cuestiones de la siguiente manera:

⁵¹⁰ *Vid.*, *ad ex.*, A. BACH/C. WOLF, “Neue Instrumente im Kartellschadensersatzrecht: zu den Regeln über Offenlegung, Verjährung und Bindungswirkung”, *NZKart*, 5, 6, 2017, pp. 285-294; J. HOFFMANN/S. SCHNEIDER, “Die Verjährung unter der Kartellschadensersatzrichtlinie”, *WuW*, 2016, pp. 9-19; F. LOUBIÈRES/F. SAINT-OLIVE, “Private enforcement et prescription: les victimes de pratiques anticoncurrentielles peuvent-elles espérer avoir moins de difficultés pour obtenir réparation?”, *Revue Lamy de la concurrence*, n° 39, 2014, pp. 181-185; M.R. MAUGERI, “Violazione della disciplina antitrust e tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterranza”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XXIV, 2, 2008, parte I, pp. 169-177; M. MINGIONE, “Prescrizione del diritto al risarcimento dei danni per violazione di norme antitrust”, *Il Corriere Giuridico*, XXXIV, 3, 2017, pp. 379-386; B. NASCIBENE/F. ROSSI DAL POZZO, “La prescrizione delle azioni risarcitorie antitrust alla luce dei principi della certezza del diritto, di equivalenza e di effettività”, en F. ROSSI DAL POZZO/B. NASCIBENE (Ed.), *Il private enforcement delle norme sulla concorrenza*, Milano, 2009, pp. 123-135; G. SCOCCINI, “La prescrizione del diritto al risarcimento del danno antitrust: dal diritto vigente alla disciplina contenuta nella Direttiva 2014/104/UE sul risarcimento del danno antitrust”, en E.A. RAFFAELLI (Ed.), *Antitrust between EU law and national law: XII Conference (Treviso, 2016)*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 483-501; K. SEIFERT, “Die Verjährung kartellrechtlicher Follow-on-Schadensersatzansprüche”, *WuW*, 2017, pp. 474-482; V. SOYEZ, “Die Verjährung des Schadensersatzanspruches gem. § 33 Abs. 3 Satz 1 GWB”, *ZWeR*, 2011, pp. 407-421; Id., “Verjährung kartellrechtlicher Schadensersatzansprüche”, *WuW*, 67, 5, 2017, pp. 240-243; J. ZEHETNER/K. KÖCK, “Haftung des Gesetzgebers für Verjährung von Schadensersatzansprüchen wegen verspäteter Umsetzung der EU-Kartellschadensersatz-RL?”, *ÖZK*, n° 2, 2017, pp. 71-74.

Primera cuestión: Dies a quo. Ni las partes ni el Tribunal de comercio de París discutieron que el plazo era *quinquenal* y que debía empezar a contarse desde la *fecha en que Orange Réunion entró en los respectivos mercados regionales de telecomunicaciones* y se le aplicaron precios discriminatorios (2001, en un caso, y 2007, en otro). El *Tribunal de commerce* de París se equivocó. Si el tribunal francés hubiera aplicado el art. 2224 del *Code civil* (“*Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d’un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l’exercer*”), hubiera podido llegar a una solución “próxima a la obtenida siguiendo el espíritu de la Directiva” (R. AMARO)⁵¹¹. Según el art. 10.2 de la Directiva de daños antitrust, “[l]os plazos no empezarán a correr antes de que haya cesado la infracción del Derecho de la competencia y el demandante tenga conocimiento, o haya podido razonablemente tener conocimiento de: a) la conducta y el hecho de que sea constitutiva de una infracción del Derecho de la competencia; / b) que la infracción del Derecho de la competencia le ocasionó un perjuicio, y / c) la identidad del infractor”. Nadie en Francia hubiera podido afirmar con rotundidad, en 2001 o en 2007, que la diversificación tarifaria constituía un abuso de posición dominante. No es sólo que todas las operadoras la practicaran. Tampoco lo es que se discutiera varias veces ante la Autoridad Nacional de la Competencia francesa. Es que hubo algún caso en que, incluso, un tribunal francés consideró que era imprevisible la ilicitud de este comportamiento y, en consecuencia, redujo la multa impuesta por la *Autorité de la Concurrence* (sentencia *Cour d’appel* de París, ch. 5-7, 19 mayo 2016, *Orange et SFR*, nº 2013/01006). Hubiera sido más sencillo que el *Tribunal de commerce* de París se hubiera decantado por la fecha de condena del abuso de posición dominante por la *Autorité de la Concurrence*.

Segunda cuestión: Interrupción de la prescripción. El *Tribunal de commerce* de París se alineó con las empresas demandadas. Consideró que el plazo de prescripción se interrumpió por la sumisión del asunto al Tribunal de comercio de París (8 octubre 2014) y que, por consiguiente, la demandante sólo podría reclamar la indemnización de daños y perjuicios ocurridos en los cinco años inmediatamente anteriores (8 octubre 2009 a 8 octubre 2014). El *Tribunal de commerce* de París se equivocó. Pudo haber aprovechado la inexistencia de una jurisprudencia uniforme en aquella época, para acoger la principal interpretación sostenida por Orange Réunion en este punto: que la interrupción de la prescripción se produjo con la sumisión del asunto a la Autoridad Nacional de la Competencia francesa (4 junio 2009) y que, por tanto, podría pretenderse la indemnización de los daños anticompetitivos ocurridos a partir del 4 junio 2004. Esta solución hubiera sido mucho más favorable a la sociedad demandante (*antitrust plaintiff friendly*) (Sentencia del *Tribunal de commerce* de París, 15^o ch., 20 junio 2016, *SA Orange Réunion c/SRR et SFR*, RG 2014058853)⁵¹².

260. ➤ *Caso 2. Daños civiles e infracción de normas antitrust: prescripción e interrupción de la prescripción (2017).* El Ayuntamiento de Göttingen (Alemania) compró al demandado (MAN Truck & Bus Deutschland GmbH) camiones para sus empresas públicas de recogida de basura y bomberos entre 2001 y 2011. El precio pagado era muy elevado puesto que lo habían fijado varios fabricantes europeos, que constituían el denominado *cártel de los camiones (Lkw-Kartell)*. Solución → La sentencia LG Hannover 18 diciembre 2017 estimó la existencia de un sobreprecio aplicado a ventas que ocurrieron entre mayo 2004 y septiembre 2010 y condenó al mencionado cártel⁵¹³. Para llegar a esta conclusión, el LG tuvo antes que resolver *dos cuestiones* relacionadas con la *incidencia del transcurso del tiempo* sobre las acciones judiciales por indemnización de daños (anticompetitivos):

⁵¹¹ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, nº 4, 2016, p. 234.

⁵¹² R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, nº 4, 2016, pp. 230-250 (pp. 233-235).

⁵¹³ ECLI:DE:LGHANNO:2017:1218.1808. *Vid., ad ex.*, I. FAES, “La Justicia ve un sobreprecio debido al cártel de camiones”, *eEconomista.es*, 6 marzo 2018; A. PETRASINCU/B. RIGOD, “Erstes Urteil in Sachen Lkw-Kartell – Landgericht Hannover gibt Schadensersatzklage von Kommune weitgehend statt –”, *WuW*, 02.03.2018, Heft 03, pp. 126-129; J. SUDEROW, “Aplicación privada del Derecho de la competencia, Comentario a la primera sentencia relativa a una acción *follow on* contra el cártel de los camiones. Sentencia del Tribunal Regional, Landgericht Hannover, de 18 diciembre de 2017, 18 O 8/17, LKW Kartell”, *RCD*, nº 22, enero-junio 2018, pp. 1/10 (p. 7/10).

Primera: El demandado planteó la *excepción de prescripción (die Einrede der Verjährung)*. MAN recordó que existía una comunicación oficial de la Comisión Europea de 18 enero 2001, que informaba de que las autoridades europeas estaban llevando a cabo investigaciones para verificar la existencia y alcance de un cártel de los camiones y que la prensa cubrió estos hechos el 4 marzo 2011; lo que suponía que, a más tardar, el municipio alemán demandante pudo tener conocimiento de tales hechos en marzo 2011. Según el demandado, de acuerdo con el § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB, el demandante supo o debería haber sabido sin negligencia grave que sus camiones podrían haber sido afectados por la conducta en cuestión durante todo el período en que las eventuales acciones aún no habían prescrito.

Por el contrario, el LG Hannover rechazó las anteriores alegaciones: El *plazo de prescripción de tres años* del § 195 BGB comienza a correr, según el § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB al final del año en el que el deudor pudo interponer una demanda, puesto que tuvo conocimiento o debió tenerlo, de no haber mediado negligencia grave, de la persona del deudor y de las circunstancias que justificaban la reclamación. El ayuntamiento alemán demandante no pudo tener ese conocimiento, como muy pronto, hasta 2016, año en el que se impusieron las multas y la Comisión Europea emitió un comunicado de prensa al respecto. La acción incoada el 13 enero 2017, por lo tanto, suspendió oportunamente el período de prescripción (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Era imposible un inicio más temprano del período de prescripción, que no se basará más que en el conocimiento de los registros llevados a cabo en enero de 2011 y en la cobertura completa de tales hechos por la prensa en marzo de 2011. Pero el mero conocimiento de las investigaciones o la cobertura de la prensa no es suficiente; ya que sólo revela que las investigaciones se llevaron a cabo y que su resultado permanecía aún abierto. En particular, antes de la decisión de la Comisión Europea, no estaba suficientemente claro qué participantes intervinieron en el cártel, en qué período y con qué productos individuales. El mero hecho de que las empresas en cuestión fueran investigadas no bastaba, como telón de fondo, para asumir un conocimiento suficiente. La demandante no pudo evaluar y juzgar, si las violaciones de los demandantes realmente existían antes de la conclusión de las investigaciones por parte de la Comisión Europea.

Segunda: El demandado alegó que, en el caso de algunas de las ventas realizadas por empresas del grupo MAN al Ayuntamiento de Göttingen, el *plazo de prescripción* de diez años también había expirado al tiempo de interponerse la acción por daños.

El LG Hannover rechazó también dicha argumentación: El transcurso del plazo de prescripción relacionado con aquellas transacciones había sido suspendido, de acuerdo con el § 33 Abs. 5 GWB 2005, mientras duró el procedimiento administrativo de la Comisión Europea relativo al *cártel de los camiones*. En definitiva, *la acción decenal no había prescrito*: La Comisión Europea llevó a cabo investigaciones sobre los cartelistas en el período que va del 18 enero 2011 al 21 enero 2011. Como muy pronto, en ese momento comenzó el procedimiento de la Comisión y duró hasta la decisión de 19 julio 2016. De conformidad con el § 33 Abs. 5 S. 2 GWB 2005, se puso fin a la suspensión seis meses después de la decisión final, por lo que, como muy pronto, se produciría la prescripción el 19 enero 2017 y, por lo tanto, después de que se interpusiese la acción en este procedimiento el 13 enero 2017.

261. ➤ *Caso 3. Prescripción e interrupción de la prescripción: El caso Herman Verboven c/ Honda (2016)*. En 1999, el *Conseil de la concurrence* belga sancionó por abuso de posición dominante a Honda. Los hechos que se consideraron acreditados fueron los siguientes: Para poder vender en Bélgica las motos de Honda que adquiría en el extranjero, la SA Herman Verboven necesitaba, además, que la SA Honda Motor Europe Logistics, importador oficial, iniciase un procedimiento de certificación de tales motos. La denuncia ante la Autoridad Nacional de Competencia belga se presentó en 1995. La resolución administrativa sancionadora se dictó 4 años después. Sólo sería definitiva en 2011. Antes, pues, de que lo fuera, la SA Herman Verboven solicitó ante el Tribunal de comercio de Gante que se le indemnizaran los daños causados por el abuso de posición dominante (2006). El Tribunal de comercio de Gante tenía que resolver, entre otras cuestiones, si la acción civil de reparación de daños anticompetitivos no estaría prescrita desde hacía tiempo; puesto que, de acuerdo con el Derecho belga, cabía interpretar estrictamente el *plazo quinquenal de prescripción* del Código civil belga (art. 2262 bis, § 1, al. 2) y el hecho de que la sumisión a la Autoridad Nacional de Competencia belga careciese de todo efecto de interrupción sobre el cómputo del plazo de prescripción. Cabía preguntarse si una normativa de un Estado

miembro de la UE que no reconozca que la sumisión del asunto concurrencial a la Autoridad Nacional de Competencia tiene el efecto de interrumpir el plazo de prescripción de la acción de reparación puede tener carácter *inconstitucional*. De ahí que el Tribunal de comercio de Gante remitiera esta cuestión al Tribunal constitucional belga. Solución→ El Tribunal constitucional belga concluyó que la disposición legal cuestionada “viola los artículos 10 y 11 de la Constitución, en cuanto que la acción civil en reparación del perjuicio resultante de una infracción en materia de competencia puede prescribir antes de que una decisión que tenga fuerza de cosa juzgada haya constatado la existencia de una infracción en materia de competencia”. Con gran pragmatismo, el Tribunal constitucional belga destacó *tres aspectos de la cuestión*. *Primero*: Si la víctima del daño anticompetitivo quiere esperar a que la resolución administrativa sea firme para interponer una *follow-on action*, se le obliga por el Derecho belga a una “espera desproporcionada para los derechos de la persona dañada” (“*atteinte disproportionnée aux droits de la personne lésée*”). *Segundo*: si no quiere esperar a que la resolución administrativa sea firme y, además, la sumisión a la Autoridad Nacional de Competencia no interrumpe el plazo de prescripción, se le presiona para interponer una *stand-alone action*, lo que supone que “la persona dañada está obligada a introducir inmediatamente un procedimiento civil a título cautelar; mientras que no existe aún ninguna certidumbre con respecto al carácter lícito o no de la práctica competitiva. La persona perjudicada no puede, pues, esperar el juicio definitivo en el procedimiento administrativo y utilizar éste como prueba de la infracción, lo que complica seriamente el establecimiento por el juez civil de su derecho a la reparación del daño”. *Tercero*: Más como *obiter dictum* que como *ratio decidendi* de su resolución, la sentencia del Tribunal constitucional belga subraya la enorme diferencia del Derecho belga entonces vigente y constitucionalmente interpelado con respecto al art. 10.4 de la Directiva de daños antitrust: “*Los Estados miembros velarán por que se suspenda o, en función del Derecho nacional, se interrumpa el plazo si una autoridad de la competencia actúa a efectos de la investigación o el procedimiento en relación con una infracción del Derecho de la competencia con la que esté relacionada la acción por daños [...]*” (Sentencia *Cour constitutionnel* belga 10 marzo 2016, nº 38/2016, *Herman Verboven c/ Honda*)⁵¹⁴.

262. ➤ *Caso 4. Fijación del día concreto en que empieza el plazo de prescripción: El caso Cinésogar (2017)*. La empresa titular de una sala de cinematografía solicitó ante los tribunales franceses, en 2010, que una empresa distribuidora de películas, previamente condenada por la Autoridad Nacional de la Competencia francesa (decisión *Conseil de la Concurrence* 15 septiembre 2004, nº 04-D-44, *relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l’exploitation de films*) y la *Cour d’appel* de París por abuso de posición dominante (sentencia *Cour d’Appel* de París, 1^{re} ch. H, 29 marzo 2005, RG 2004/19930), le indemnizase con una cantidad cercana a los 2 millones de euros por los *daños económico y moral causados*. Solución→ La *Cour d’Appel* de Fort-de-France no entró a conocer del fondo del asunto; puesto que consideró que la acción estaba prescrita. La *Cour d’Appel* de Fort-de-France pensó que el día inicial para el cómputo del plazo debía ser aquél en que la sociedad demandante hubiera tenido conocimiento de los hechos que se encontraban en el origen del daño potencialmente indemnizable. Aunque el tribunal francés manejó varias posibles fechas, finalmente optó por el 9 marzo 2000. Se trataba del día en que la sociedad demandante escribió al *Conseil de la concurrence*, denunciando y describiendo con detalle las prácticas de la sociedad *Filmdis-Circuit E* que consideraba anticompetitivas, prueba, como observa la *Cour d’Appel* de Fort-de-France, de que ya, en esa fecha, el demandante conocía las prácticas anticompetitivas denunciadas “en toda su amplitud” (sentencia *Cour d’Appel* de Fort-de-France 24 enero 2017, RG 15/00486, *C. c/ SARL Cinésogar, SARL Filmdis, SAS Mediagestion*)⁵¹⁵.

6. Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de actos restrictivos de la competencia (actos contra el Derecho antitrust)

263. Varios aspectos deben ponerse de relieve.

⁵¹⁴ Comentada por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, nº 4, 2016, pp. 230-250 (pp. 234-235).

⁵¹⁵ Comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier 2017 – juillet 2017)”, *Concurrences*, nº 4, 2017, pp. 212-223 (pp. 213-215).

A) Derecho antitrust, sanciones públicas y Reglamento Roma II

264. El Reglamento Roma II establece la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales que surgen de los actos que infringen el Derecho *antitrust*⁵¹⁶. Se refiere con ello a las sanciones civiles derivadas de dichos actos, esto es, a las reclamaciones de daños y perjuicios entre particulares que derivan de los actos que vulneran el Derecho *antitrust*. Es la llamada “aplicación privada del Derecho *antitrust*” (*private enforcement*). El TJUE había dejado claro que, aparte las sanciones de Derecho Público derivadas de actos *antitrust*, cabe ejercer acciones civiles derivadas de los daños experimentados por los particulares⁵¹⁷.

Naturalmente, el Reglamento Roma II no establece la Ley aplicable a las multas y sanciones que imponen las autoridades públicas que velan por el respeto del Derecho *antitrust* (*public enforcement*)⁵¹⁸. Estas sanciones están sujetas al Derecho Público aplicable, ya sea Derecho de la UE o Derecho nacional, según los casos. Las normas de Derecho de la UE que señalan el ámbito de aplicación espacial del Derecho *antitrust* de la UE sólo indican qué casos internacionales están sujetos a las sanciones de Derecho

⁵¹⁶ *Vid., ad ex.*, T. ACKERMANN, “Antitrust damages under the Rome II Regulation”, en M.K. BULTERMAN (Ed.), *Views of European Law from the mountain: liber amicorum Piet Jan Slot*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 109-122; T. BALLARINO, “El Derecho *antitrust* comunitario y el art. 6 del Reglamento ‘Roma II’ (régimen conflictual y territorial, efecto directo)”, *AEDIPr.*, VII, 2007, pp. 407-420 (también versión italiana, Id., “L’art. 6 del Regolamento Roma II e il Diritto *antitrust* comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico”, *RDI*, 2008, pp. 65-78); O. BAETZGEN, *Internationales Wettbewerbs und Immaterialgüterrecht im EG-Binnenmarkt. Kollisionsrecht zwischen Marktpaltung (‘Rom II’) und Marktintegration (Herkunftslandprinzip)*, Köln, Berlin, München, 2007; L. CARBALLO PIÑEIRO, “Derecho de competencia, intereses colectivos y su proyección procesal: Observaciones a propósito del artículo 6 del Reglamento ‘Roma II’”, *AEDIP*, VII, 2007, pp. 465-495; S. FRANCO/W. WURMNEST, “International antitrust claims under the Rome II Regulation”, en J. BASEDOW/S. FRANCO/L. IDOT (EDS.), *International antitrust litigation: conflict of laws and coordination*, Oxford, 2012, pp. 91-129; L.E. GILLIES, “Determining the applicable law for breach of competition claims in the Rome II Regulation and the need for effective consumer collective redress”, en J.P. DEVENNEY/M. KENNY (EDS.), *European consumer protection: theory and practice*, Cambridge, 2012, pp. 257-281; A. GRUBINGER, “Die Rom II-VO und die Verletzung von freiem Wettbewerb sowie von Rechten des geistigen Eigentums”, en D. AICHBERGER-BEIG (HRSG.), *Rom II-VO: neues Kollisionsrecht für außervertragliche Schuldverhältnisse*, Wien, Manz, 2008, pp. 55-69; A. GRÜNWALD/J. HACKL, “Mosaikprinzip ade?: anwendbares Recht bei Schadenersatzklagen gegen multinationale Kartelle: das Autoglasurteil des LG Düsseldorf”, *NZKart*, 4, 3, 2016, pp. 112-116; R. HARMS/J. SCHMIDT, “Anwendbares Recht bei kartellrechtlichen Schadenersatzklagen in ‘Altfällen’”, *WuW*, 64, 4, 2014, pp. 364-371; M. HELLNER, “Unfair Competition and Acts restricting free Competition”, *Yearbook of Private International Law*, IX, 2007, pp. 49-69; T. HOLZMÜLLER/C. VON KOECKRITZ, “Private enforcement of competition law under the Rome II Regulation”, *G.C.L.R.*, 3, 3, 2010, pp. 91-97; L. IDOT, “Réflexions sur les limites du modèle américain en droit de la concurrence. Le exemple du *private enforcement*”, en *Les relations privées internationales: Mélanges en l’honneur du professeur Bernard Audit*, Paris, LGDJ, Lextenso editions, 2014, pp. 447-464; F. KLUTH, *Das Marktauswirkungsprinzip im Kollisionsrecht des Kartell- und Lauterkeitsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wiss. Verl.-Ges., 2014; H.-W. KNEBEL, “Die Extraterritorialität des Europäischen Kartellrechts”, *EuZW*, 1991, pp. 265-274; P. MANKOWSKI, *Schadenersatzklagen bei Kartelldelikten - Fragen des anwendbaren Rechts und der internationalen Zuständigkeit. Referate im Rahmen der Vortragsreihe ‘Rechtsfragen der Europäischen Integration’*, Bonn, den 12. Dezember 2011, Bonn, Zentrum für Europ. Wirtschaftsrecht, 2012; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 123-129; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada de actos contrarios al Derecho antitrust europeo”, en L.A. VELASCO SAN PEDRO, C. ALONSO LEDESMA/J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ / C. HERRERO SUÁREZ/J. GUTIÉRREZ GILSANZ (eds.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 653-691 (en su versión inglesa, “Applicable law on non-contractual liability arising from European Antitrust Law infringements”, en L.A. VELASCO SAN PEDRO, C. ALONSO LEDESMA / J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/ C. HERRERO SUÁREZ/J. GUTIÉRREZ GILSANZ (eds.), *Private enforcement of Competition Law*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 635-661); T. ROSENKRANZ/E. ROHDE, “The law applicable to non-contractual obligations arising out of acts of unfair competition and acts restricting free competition under article 6 Rome II Regulation”, *Nederlands internationaal privaatrecht*, 26, 4, 2008, pp. 435-439; W.-H. ROTH, “Internationales Kartelldeliktsrecht in der Rom II-Verordnung”, en D. BAETGE/J. VON HEIN/M. VON HINDEN (HRSG.), *Die richtige Ordnung: Festschrift für Jan Kroppholler zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 623-649; B. SCHNUR, *Internationales Kartellprivatrecht nach der Rom II-Verordnung*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2012; U. SCHOLZ/G. RIXEN, “Die neue europäische Kollisionsnorm für ausservertragliche Schuldverhältnisse aus wettbewerbsbeschränkendem Verhalten”, *EuZW*, 2008, pp. 327-332; J. SEGAN, “Applicable Law ‘Shopping’? Rome II and private antitrust enforcement in the EU”, *Competition Law Journal*, 7, 2008, pp. 251-260; D.-P. L. TZAKAS, *Die Haftung für Kartellrechtsverstöße im internationalen Rechtsverkehr: eine Untersuchung zur zuständigkeits- und kollisionsrechtlichen Behandlung von Kartelldelikten im Lichte der Rom II-Verordnung und unter Berücksichtigung der U.S.-amerikanischen Praxis*, Baden-Baden, Nomos, 2011.

⁵¹⁷ STJUE 30 abril 1998, C-230/96, *Cabour and Nord Distribution Automobile v Arnor ‘SOCO’*, ECLI:EU:C:1998:181; STJUE 20 septiembre 2001, C-453/99, *Courage y Crehan*, ECLI:EU:C:2001:465; STJUE 13 julio 2006, C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, ECLI:EU:C:2006:461; *vid.* también STS 2 junio 2000 [ECLI:ES:TS:2000:4536].

⁵¹⁸ H.-G. KOPPENSTEINER, “Privates’ und ‘öffentliches’ Wettbewerbsrecht”, *wbl*, 31, 5, 2017, pp. 260-266; H. MEYER-LINDEMANN, “Durchsetzung des Kartellverbots durch Bussgeld und Schadenersatz”, *WuW*, 2011, pp. 1235-1247.

Público recogidas en el Derecho de la UE son “normas unilaterales” que “marcan” el ámbito de aplicación del Derecho *antitrust* de la UE. Y las normas de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, que señalan el ámbito de aplicación espacial del Derecho *antitrust* español de producción interna, señalan también, exclusivamente, a qué casos internacionales son aplicables las sanciones de Derecho Público recogidas en el Derecho español de la competencia.

Reglamento Roma II: Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Aspectos previos	
<p>Reglamento Roma II Roma</p> <p>Ámbito de aplicación</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Carácter universal: La ley designada por el Reglamento Roma II se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro (art. 3 RR-II). – Ámbito de aplicación espacial: El Reglamento Roma II se aplica en todos los Estados miembros de la UE excepto Dinamarca (art. 1.4 RR-II). – Ámbito de aplicación material: El Reglamento Roma II se aplica a las obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil, en las situaciones que comportan un conflicto de leyes. – Materias excluidas: <ol style="list-style-type: none"> (1) Materias fiscales, aduaneras y administrativas. (2) Actos del Estado en el ejercicio de su autoridad (<i>acta iure imperii</i>). (3) Obligaciones extracontractuales que se deriven de: <ul style="list-style-type: none"> – relaciones familiares y obligación de alimentos. – regímenes económicos matrimoniales o similares. – testamentos y sucesiones. – letras de cambio, cheques y pagarés y otros instrumentos negociables. – Derecho de sociedades. – relaciones entre los fundadores, administradores y beneficiarios de <i>trust</i> voluntario. – daño nuclear. – violación de los derechos relacionados con la personalidad y difamación. – prueba y proceso

Reglamento Roma II: Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Reglas generales	
<p>Primer punto de conexión (art. 14 RR-II)</p>	<p>- Ley elegida por las partes</p> <p><i>exigencias:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> – (a) El acuerdo de elección debe ser posterior al hecho generador del daño, o bien – (b) El acuerdo de elección puede ser negociado libremente antes del hecho generador del daño si todas las partes desarrollan una actividad comercial.
<p>Segundo punto de conexión (art. 4.2 RR-II)</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Ley del país de la residencia habitual común en el momento en que se produzca el daño, de la persona cuya responsabilidad se alega y de la persona perjudicada.
<p>Tercer punto de conexión (art. 4.1 RR-II)</p>	<ul style="list-style-type: none"> – Ley del país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión.
<p>Cláusula de excepción (art. 4.3 RR-II)</p>	<ul style="list-style-type: none"> – En el caso de falta de elección de Ley, si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los arts. 4.1 ó 4.2 RR-II se aplicará la ley de este otro país.

Reglamento Roma II: Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales. Reglas complementarias (arts. 15-20 RR-II)	
Ámbito de la ley aplicable (art. 15 RR-II)	<ul style="list-style-type: none"> – La ley aplicable a la obligación extracontractual regula, en particular: <ul style="list-style-type: none"> a) fundamento y alcance de la responsabilidad, incluida la determinación de las personas que puedan considerarse responsables por sus propios actos. b) causas de exoneración, limitación y reparto de la responsabilidad. c) existencia, naturaleza y evaluación de los daños o indemnización solicitada. d) dentro de los límites de los poderes conferidos al tribunal por su Derecho procesal, las medidas que puede adoptar un tribunal para garantizar la prevención, el cese y la reparación del daño. e) transmisibilidad, incluida por herencia, del derecho a reclamar por daños o a solicitar indemnización. f) personas que tienen derecho a la reparación del daño sufrido personalmente; g) responsabilidad por actos de terceros. h) modo de extinción de las obligaciones, normas de prescripción y caducidad, incluidas las relativas los plazos de prescripción y caducidad.
Leyes de policía (art. 16 RR-II)	– Las disposiciones del Reglamento Roma II no afectarán a la aplicación de las disposiciones de la ley del foro en aquellas situaciones en que tengan carácter imperativo , cualquiera que sea la ley aplicable a la obligación extracontractual
Normas de seguridad y comportamiento (art. 17 RR-II)	– Para valorar el comportamiento de la persona cuya responsabilidad se alega, habrán de tenerse en cuenta, como una cuestión de hecho y en la medida en que sea procedente, las normas de seguridad y comportamiento vigentes en el lugar y el momento del hecho que da lugar a la responsabilidad
Acción directa contra el asegurador del responsable (art. 18 RR-II)	– La persona perjudicada podrá actuar directamente contra el asegurador de la persona responsable para reclamarle resarcimiento si así lo dispone la ley aplicable a la obligación extracontractual o la ley aplicable al contrato de seguro
Subrogación (art. 19 RR-II)	Cuando en virtud de una obligación extracontractual, una persona («el acreedor») tenga derechos respecto a otra persona («el deudor») y un tercero esté obligado a satisfacer al acreedor o haya, de hecho, satisfecho al acreedor en ejecución de esa obligación, la ley aplicable a esta obligación del tercero determinará si, y en qué medida, este puede ejercer los derechos que el acreedor tenía contra el deudor según la ley que rige sus relaciones.
Responsabilidad múltiple (art. 20 RR-II)	Cuando un acreedor tenga un derecho de reclamación contra varios deudores responsables respecto de la misma reclamación y uno de los deudores ya haya satisfecho la reclamación, total o parcialmente, el derecho de ese deudor a reclamar resarcimiento a los otros deudores se regirá por la ley aplicable a la obligación extracontractual que tenga dicho deudor respecto del acreedor .

Reglamento Roma II. Normas de aplicación.	
Reenvío (art. 24 RR-II)	– Se rechaza en todo caso.
Sistemas no unificados (art. 25.1 RR-II)	– Cuando un Estado se componga de varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de obligaciones extracontractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable según el Reglamento Roma II.
Orden público del foro (art. 26 RR-II)	– Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada por el Reglamento Roma II si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro .

<p style="text-align: center;">Residencia habitual (art. 23 RR-II)</p>	<p>(1) – La residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica = lugar de su administración central.</p> <p>(2) – Cuando el hecho generador del daño o el daño se produzca en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento, se considerará residencia habitual = lugar de situación de dicha sucursal, agencia o establecimiento.</p> <p>(3) La residencia habitual de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional = el establecimiento principal de dicha persona.</p>
---	---

B) Ley aplicable a las consecuencias privadas derivadas de infracciones del Derecho antitrust

265. Como hemos visto a lo largo de esta exposición, los actos anticompetitivos producen “daños” o son susceptibles de generarlos. Ahora bien, cabe preguntarse si la noción de “falta competitiva” (o, si se prefiere, “infracción/daño competitivo [o *antitrust*]”) es equivalente a la de “falta civil” (*concepción monista*) o, si, por el contrario, este último concepto requiere de algunas características que no siempre se encuentran en el anterior (*concepción dualista*). Se trata de una cuestión históricamente superada, que, en última instancia, intentaba ver si era posible delimitar y, en cierta medida, diferenciar la noción de “acto antitrust” -expresión con la que se aludía a los *hechos ilícitos antitrust*, que era un concepto subsuntivo, preliminar y global- de la idea de “falta civil” o “hecho ilícito civil”.

266. En la actualidad, según la opinión dominante, se entiende que no existe más que una “concepción monista de las faltas anticompetitiva y civil” (R. AMARO); es decir, *todo ilícito antitrust es un ilícito civil*, susceptible de generar un daño indemnizable (= La concepción “monista” del hecho generador del daño se basa en el principio de la responsabilidad civil de los autores de prácticas anticompetitivas prohibidas por el Derecho de los Estados miembros y el Derecho europeo de la competencia)⁵¹⁹. En palabras de un autor francés, “el establecimiento de la práctica anticompetitiva (la falta ‘anticompetitiva’) conduce *ipso jure* a la de una falta civil”⁵²⁰. Esta concepción dogmática entraña *dos consecuencias indisociables*: *Primera*: Se reduce el objeto de la prueba; puesto que los demandantes en el procedimiento civil no tienen que probar que exista una violación del Derecho civil que sea distinta de la violación del Derecho de la competencia⁵²¹. *Segunda*: Si el legislador quisiera, podría repercutir en el círculo delimitador de los responsables civiles del daño anticompetitivo y considerar, como tales, a todas las personas jurídicas que compongan la empresa a la que se ha imputado la conducta anticompetitiva (= se presumiría de manera irrefutable que todas serían responsables civiles de las consecuencias perjudiciales del acto anticompetitivo): la solución sería “novedosa” y, en absoluto, “impracticable” (R. AMARO)⁵²². *Ejemplo*: Como observa R. AMARO, según la jurisprudencia francesa, el incumplimiento del Derecho de la competencia es la causa de la responsabilidad civil; aunque aún no esté del todo claro si debe considerarse este incumplimiento como una presunción *iuris et de iure*, una presunción *iuris tantum* o simplemente como una indicación de que hay culpa desde la perspectiva civil. Un sector jurisprudencial francés rehúye el debate doctrinal de fondo y se limita meramente a señalar que el infractor (del Derecho antitrust) es responsable (civilmente). Dicho con otros términos, para esta jurisprudencia, la violación de la ley constituye *necesariamente* una

⁵¹⁹ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, n° 4, 2016, pp. 230-250 (p. 243). Sobre la concepción monista, *vid., ad ex.*, sentencia *Cour d’Appel* de París, ch. 5-4, 14 diciembre 2014, *SNCF/Maitre Pellegrini [liquidateur judiciaire de Switch]*, RG 13/08975 (comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles [mai 2016-décembre 2016]”, *Concurrences*, n° 2, 2017, pp. 217-230 [pp. 218-221]); sentencia *Tribunal administratif* de París, 3° sect., 3° ch., 31 mayo 2016, n° 1104965, *SNCF Mobilités* (comentario por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles [mai 2016-décembre 2016]”, *Concurrences*, n° 2, 2017, pp. 217-230 [pp. 221-223]).

⁵²⁰ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, n° 4, 2016, p. 243.

⁵²¹ R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, n° 4, 2016, pp. 243-244.

⁵²² R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (oct. 2015 – juin 2016)”, *Concurrences*, n° 4, 2016, p. 244.

falta civil e incumbe a quien desea obtener una indemnización demostrar el daño que resulta para él así como el nexo causal entre esta falta y su daño⁵²³.

267. ➤ *Caso 1. El caso Lectiel (2015)*. Durante cerca de 25 años, los tribunales franceses han debatido en torno al *caso Lectiel*. Una sentencia de la Cour de cassation de 4 diciembre 2001 consideró que la sociedad France Télécom había abusado de su *posición dominante* en el mercado de los abonados al teléfono, desde 1992 hasta 1999, en el que tenía una posición de monopolista. El *acceso a la base de datos de los abonados* era un recurso indispensable y esencial a sus competidores para ofrecer servicios de marketing directo; ya que no existían productos que pudieran sustituirlo y France Télécom exigía el pago de tarifas excesivamente elevadas que equivalían a una negativa de venta. Cabía preguntarse si el ilícito antitrust, una vez verificado, podía considerarse suficiente para intentar la recuperación de los daños producidos a las empresas competidoras de la monopolista en el mercado derivado del marketing directo y, en caso negativo, qué más debía aportarse Solución → La *Cour d'Appel* de París aclaró varias cuestiones, que, por un lado, tenían que ver con el Derecho de la competencia y, por otro, con la indemnización de los daños antitrust causados.

Con respecto a las primeras, la *Cour d'Appel* de París estableció que el acceso a la base de datos de los abonados telefónicos del que era titular el monopolista constituía una *infraestructura esencial* (“[...] un opérateur, en position dominante sur le marché d'une infrastructure ou d'une facilité indispensable pour exercer une activité sur un marché aval, qui ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents, commet un refus d'accès anticoncurrentiel, si ce refus ne reçoit pas de justifications objectives, et s'il en résulte d'une part, l'impossibilité de mettre sur le marché un produit nouveau correspondant à un besoin des consommateurs, ou la limitation du développement technique au préjudice des consommateurs et d'autre part, l'occasion, pour le détenteur de cette infrastructure, de se réserver un monopole sur le marché dérivé”) y que se habían producido *dos tipos de abuso de posición dominante*: una infracción de la *doctrina de las infraestructuras esenciales*⁵²⁴ combinada con un *estrechamiento en los márgenes de los precios* (“una pratique de ciseau tarifaire”)⁵²⁵.

⁵²³ Para un análisis exhaustivo de esta cuestión, *vid.*, *per omnia*, R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles: Étude des contentieux privé autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2014, pp. 388-408.

⁵²⁴ Sobre este tipo de abuso de posición dominante, *vid.*, *ad ex.*, S.D. ANDERMAN, “The epithet that dares not speak its name: the essential facilities concept in Article 82 EC and IPRs after the Microsoft case”, en A. EZRACHI (Ed.), *Article 82 EC – Reflections on its recent evolution*, Oxford, 2009, pp. 87-98; M. ANGELOV, “The ‘exceptional circumstances’ test: implications for FRAND commitments from the essential facilities doctrine under Article 102 TFEU”, *ECJ*, 10, 1, 2014, pp. 37-67; T. BÜHLMEIER, “Regulierungsrechtliche Lockerungsübungen der ‘Essential Facilities’-Doktrin bei Serviceeinrichtungen der Eisenbahn? Eine Analyse von Art. 5 Abs. 1 S. 2 der Eisenbahnzugangsrichtlinie 2001/14/EG”, *N&R*, 9, 3-4, 2012, pp. 161-166; A.-L. CALVO CARAVACA/J. RODRÍGUEZ RODRIGO, *La doctrina de las infraestructuras esenciales en Derecho antitrust europeo*, Madrid, Editorial La Ley, 2012; A. FIRTH, “The essential facilities principle and other issues of competition”, en *EU copyright law: a commentary*, Cheltenham, 2014, pp. 52-85; W. FRENZ, “Ausdehnung der Essential-facilities-Doktrin auf Immaterialgüterrechte?”, *WuW*, 64, 3, 2014, pp. 282-287; I. GRAEF, *EU competition law, data protection and online platforms: data as essential facility*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2016; L. HOU, “The essential facilities doctrine: what was wrong in Microsoft?”, *IIC*, 43, 4, 2012, pp. 451-471; M.B.F. KUHN, “Essential facility: free riding on innovation?”, *Common Law Review*, n° 13, 2014, pp. 54-57; E. LINDE RASPAUD, “Google as an essential facility: an ill-fitting doctrine”, *Common Law Review*, n° 13, 2014, pp. 68-73; M. MINN, “Excessive rewards and compulsory licensing: the essential facilities doctrine and strategic patenting practices in the European pharmaceutical industry”, *JIPLP*, 12, 5, 2017, pp. 408-415; D. MWONI NDOLO, “EU v the US: an analysis of the laws on refusal to supply essential facilities: the Google case”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 37, 10, 2016, pp. 413-417; N. PETIT, “Theories of self-preferencing and the wishful prerequisite of the essential facilities doctrine: a reply to Bo Vesterdorf”, *CLPD*, 1, 3, 2015, pp. 4-9; I. PICCIANO, “I confini interpretativi della dottrina dell’essential facility e sua applicazione al mercato del trasporto ferroviario in Italia: problemi e limiti”, *Dir.comunit.scambi int.*, XLIII, 2, 2004, pp. 387-403; M. SCHWARTZ, “Die grundsätzliche Absicherung der Essential-Facilities-Doktrin auf europäischer Ebene”, en *Internationale Dimensionen des Wirtschaftsrechts: Beiträge aus Sicht verschiedener Rechtsdisziplinen und Rechtsordnungen: Tagungsband zum 13. Graduiertentreffen im Internationalen Wirtschaftsrecht in Linz und Passau 2012*, Baden-Baden, 2013, pp. 129-148.

⁵²⁵ Sobre este tipo de abuso de posición dominante, *vid.*, *ad ex.*, A. AGUILAR BRAVO, “Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas de 10 de abril de 2008 en el asunto T-271/2003, Deutsche Telekom c. Comisión: un comentario económico sobre el análisis de estrechamiento de márgenes”, *Gac.Jur.UE*, n° 10, 2009, pp. 109-115; H. AUF’MKOLK, “The ‘feedback effect’ on applying EU competition law to regulated industries: doctrinal contamination in the case of margin squeeze”, *J.E.C.L. & Pract.*, 3, 2, 2012, pp. 149-162; P.A. BJØRGAN, “Margin squeeze as an abuse under Article 82 EC:

Con respecto a las segundas, la *Cour d'Appel* de París proclamó la *concepción monista de las infracciones anticompetitivas y los ilícitos civiles* (“*Considérant que la violation de la loi constitue nécessairement une faute civile; qu’il incombe cependant à la société Lectiel, qui souhaite obtenir une indemnisation, de démontrer le préjudice en résultant pour elle, ainsi que le lien de causalité entre cette faute et son préjudice*”), y desmontó meticulosamente los argumentos de Orange (empresa sucesora de France Télécom) (“*Considérant que les arguments présentés par Orange pour écarter la faute civile, ne résistent pas à l’examen; que si la pratique était exemptée par la loi ou avait fait l’objet d’une décision d’exemption individuelle, elle ne serait pas anticoncurrentielle, et par voie de conséquence, ne constituerait pas une faute civile; que si elle n’était qualifiée qu’à raison de sa potentialité d’effets, sans aucune démonstration d’effet réel, elle serait néanmoins anticoncurrentielle, et constitutive de faute civile, mais n’aurait pas généré de préjudice indemnisable; que si la partie à laquelle est imputée la pratique anticoncurrentielle avait commis elle-même une faute, il n’en résulterait pas, contrairement aux allégations d’Orange, la licéité de la pratique au regard des règles du droit civil; qu’il pourrait en résulter un partage de responsabilité dû au concours de fautes, si celles-ci avaient toutes concouru au dommage, mais non une absence de faute civile résultant de la pratique anticoncurrentielle*”).

Por último, la *Cour d'Appel* de París, que estaba convencida de la existencia del perjuicio, pero no de las cifras manejadas, ordenó que se procediera a una prueba pericial y se remitió, para la cuantificación precisa y definitiva del perjuicio causado, a una decisión judicial posterior (Sentencia Cour d'Appel de Paris, Pôle 5 – Chambre 4, 27 mayo 2015, RG n° 14/14758, *SCP Bes Ravise/liquidateur judiciaire de la Société Lectiel* c/ *SA Orange [anciennement dénommée France Télécom]*)⁵²⁶.

268. ➤ *Caso 2. El caso EDF y ERDF c/ SAS Nexans y SAS Prysmian (2015 y 2017)*. En el caso de las empresas del cable, se aprecia el carácter zigzagueante y, en ocasiones impreciso, de la jurisprudencia. La empresa EDF organizó un concurso de ofertas para adquirir cable a buen precio. Empresas del sector del cable, que pensaban concurrir al mencionado concurso de ofertas, concluyeron previamente dos acuerdos colusorios que mantendrían artificialmente elevados los precios en ese sector económico. Descubiertos y sancionados por infracción del Derecho de la competencia (decisión *Conseil de la Concurrence* n° 07-D-26 de 26 julio 2007), EDF y ERDF intentaron que se declarase la nulidad de los contratos ultimados tras el concurso, se restituyeran las cantidades abonadas en cumplimiento de tales contratos y, subsidiariamente,

Deutsche Telekom AG vs. Commission of the European Communities, CFI of 10 April 2008, T-271/03, *ELR*, n° 9, 2008, pp. 289-295; C. CAVALERI RUDAZ, “Did Trinko really kill antitrust price squeeze claims? A critical approach to the Linkline decision through a comparison of E.U. and U.S. case law”, *Vand.J.Transnat’l L.*, 43, 4, 2010, pp. 1077-1119; G. COLANGELO, “Il margin squeeze in Europa dopo Deutsche Telekom e TeliaSonera”, *Mercato concorrenza regole*, XIII, 2, 2011, pp. 367-377; L. COLLEY/S. BURNSIDE, “Margin squeeze abuse”, *ECJ*, 2, 2006, pp. 185-210; N. DUNNE, “Margin squeeze: theory, practice, policy”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 33, 1, 2012, pp. 29-39 y 33, 2, 2012, pp. 61-68; G. FAELLA/R. PARDOLESI, “Squeezing price squeeze under EC antitrust law”, *ECJ*, 6, 1, 2010, pp. 255-284; F. FILPO, “Competition enforcement in the electronic communications sector: the case of margin squeeze”, en B. CORTESE (Ed.), *EU competition law: between public and private enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2014, pp. 311-332; G. GAUDIN/D. MANTZARI, “Margin squeeze: an above-cost predatory pricing approach”, *JCLE*, 12, 1, 2016, pp. 151-179; D. GERADIN, “Refusal to supply and margin squeeze: a discussion of why the ‘Telefonica exceptions’ are wrong”, en *Trade and competition law in the EU and beyond*, Cheltenham, 2011, pp. 391-402; M. HARKER, “EU competition law as a tool for dealing with regulatory failure: the broadband margin squeeze cases”, *JBL*, 8, 2013, pp. 817-841; L. HOU, “Some aspects of price squeeze within the European Union: a case law analysis”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 32, 5, 2011, pp. 250-257; Id., “The abusive nature of price squeezes in the EU”, *IIC*, 45, 1, 2014, pp. 43-74; S. JÖTTEN, “Identifying an unlawful margin squeeze: the recent judgments of Justice in Deutsche Telekom and TeliaSonera”, *CYELS*, 13, 2010-2011 (2011), pp. 161-193; F. LIBERATORE, “The CFI backs the Commission’s approach to margin squeeze in Deutsche Telekom”, *Contratto e impresa. Europa*, XIII, 2, 2008, pp. 1077-1082; A. H. MALBY, “Margin squeeze”, *Justitia*, 29, 1, 2006, pp. 3-49; F. MARINI BALESTRA, “Margin squeeze overstretched?: a comment on the European Commission’s decision in Slovak Telekom”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 37, 5, 2016, pp. 207-212; M. MOORE, “Deutsche Telekom and the margin squeeze fallacy”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 12, 2008, pp. 721-725; I. PELLECH, “Zu Fragen des Margin Squeeze unter Berücksichtigung der Entscheidung in Sachen TeliaSonera”, *ÖZK*, n° 2, 2011, pp. 60-64; A. PERA, “The application of Article 82 in regulated sectors: the case of squeeze”, en B.E. HAWK (Ed.), *International antitrust law & policy. 2008*, Huntington, N.Y., 2009, pp. 33-62; M. RAUBER, “Case C-52/09, Konkurrentsverket v. Telia Sonera Sverige AB, (2011) E.C.R.I-527: confirming an inappropriate assessment framework for margin squeeze”, *Eur. Compet.L.Rev.*, 34, 9, 2013, pp. 490-499; A. SCHETTINO, “Il margin squeeze alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea”, *Il diritto dell’Unione europea*, XVIII, 1, 2013, pp. 145-167; D. SPECTOR, “Termination charges and margin squeeze in the mobile telephony sector: beware of misleading intuitions”, *Concurrences*, n° 3, 2009, pp. 35-38.

⁵²⁶ Comentada por R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, n° 1, 2016, pp. 254-255.

que se reparase el perjuicio causado por el sobre coste abonado a los concursantes; es decir, la diferencia entre el precio efectivamente pagado y el que se hubiera pagado, si se hubiera respetado el Derecho antitrust. Solución → La *Cour d'Appel* de París se pronunció sobre *dos cuestiones* que marcan distancias con la sentencia del *caso Lectiel* antes comentada. *Primera*: La *Cour d'appel* tuvo dudas que persistieron a lo largo del procedimiento en cuanto al *daño o perjuicio*, no sólo en torno a su cuantía o valoración, sino incluso en cuanto a su propia existencia. Pues bien, sorprendentemente, no confió esta tarea a una prueba pericial posterior, sino que desestimó el recurso interpuesto. *Segunda*: La Sala no se pronuncia sobre la culpa o falta civil (el hecho ilícito desde la perspectiva civilista). Se puede explicar; puesto que, afirmado que no se ha probado el “daño” que genera la responsabilidad civil, no es necesario examinar los demás elementos integrantes de la responsabilidad civil. Pero no deja de sorprender que la *Cour* no se pronuncie al respecto; aunque fuese como un *obiter dictum* y no como *ratio decidendi*, visto que se impuso una sustancial sanción administrativa a las empresas del sector del cable. Por contraste con el *caso Lectiel*, cabe preguntarse si es que una infracción anticompetitiva no equivale *necesariamente* a un ilícito civil y si, en definitiva la *Cour* no está desandando el terreno recorrido y volviendo a una *concepción dualista* (Sentencia *Cour d'Appel* de París, Pôle 5 - Chambre 5, 2 julio 2015, *SA Électricité de France [EDF]* y *SA Électricité Réseau Distribution France [ERDF]* c/ *SAS Nexans France* y *SAS Prysmian Cables et Systèmes France*, RG n° J2011000785)⁵²⁷. Interpuesto recurso de casación contra ésta resolución judicial, la sentencia *Cour de cassation*, ch. comm., 13 septiembre 2017, *EDF c/ Nexans*, RG n° 15-22837 y 15-23070, lo rechazó⁵²⁸.

269. El art. 6.3 RR-II es una *norma de conflicto universal o bilateral*⁵²⁹. Deben distinguirse dos supuestos dentro de ella (art. 6.3 RR-II)⁵³⁰:

a) Primer supuesto: *Lex Mercatus*

270. Cuando el mercado afectado o que pueda resultar afectado es el mercado de un único país, se aplica la Ley de dicho país (art. 6.3.a RR-II: criterio del “*effet sur le marché*”)⁵³¹. El art. 6.3.a RR-II es una norma de conflicto bilateral completa (*eine vollkommen allseitige Kollisionsnorm*), “que no diferencia entre la aplicación del Derecho de la responsabilidad civil de los Estados miembros de la UE y de terceros Estados” (A. WOLF)⁵³². El “mercado afectado” es el mercado de aquel país o países en el que la libre competencia entre los operadores económicos resulta o va a resultar alterada (G. VAN HECKE). Como ha puesto de relieve F. DÖRFELT, el art. 6.3.a RR-II “codifica” la *doctrina de los efectos (Auswirkungsprinzip)* y “deja claro que, en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma II, tiene que verse el centro de gravedad (*der Schwerpunkt*) en la afectación del mercado y no en el daño patrimonial individual”⁵³³. Ésta es la razón por la que algunos autores sugieren que la interpretación del art. 6.3.a RR-II pueda basarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia interpretativa de la *doctrina de los efectos (Auswirkungsprinzip)*, dictada en aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE⁵³⁴.

⁵²⁷ Comentada por C. LEMAIRE/S. NAUDIN, *Concurrences*, n° 4, 2015, p. 187; R. AMARO, “Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles (janvier-décembre 2015)”, *Concurrences*, n° 1, 2016, pp. 255-256.

⁵²⁸ Comentada por R. AMARO, “Le contentieux de la réparation des pratiques anticoncurrentielles (sept. 2017 – févr. 2018)”, *Concurrences*, n° 2, 2018, pp. 225-239 (pp. 226-228).

⁵²⁹ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 376.

⁵³⁰ H. KÖHLER, “Wettbewerbsstatut oder Deliktsstatut: zur Auslegung des Art. 6 Rom II-VO”, en K. HILBIG-LUGANI/D. JAKOB/G. MÄSCH (HRSG.), *Zwischenbilanz: Festschrift für Dagmar Coester-Waltjen*, Bielefeld, Giesecking, 2015, pp. 501-510.

⁵³¹ H.I. MAIER, *Marktortanknüpfung im internationalen Kartelldeliktsrecht: eine internationalzuständigkeits- und kollisionsrechtliche Untersuchung unter Einbeziehung rechtsvergleichender Überlegungen zum englischen Recht*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2011; P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung”, *RIW*, 2008, pp. 177-193.

⁵³² A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 376.

⁵³³ F. DÖRFELT, “Anwendbares Recht”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, pp. 123-134 (p. 132).

⁵³⁴ F. DÖRFELT, “Anwendbares Recht”, en F. STANCKE/G. WEIDENBACH/R. LAHME (HRSG.), *Kartellrechtliche Schadensersatzklagen*, Frankfurt am Main, Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018, p. 132; P. MANKOWSKI, “Das neue Internationale Kartellrecht des Art. 6 Abs. 3 der Rom II-Verordnung”, *RIW*, 2008, p. 185.

271. Varios aspectos merecen un sucinto comentario: (a) El art. 6 RR-II reviste una importancia metodológica de primer nivel, pues abandona la perspectiva unilateral según la cual cada Derecho *antitrust* de cada Estado “marca” su propio ámbito de aplicación en el espacio, y para saber si un Derecho *antitrust* estatal es aplicable, deben consultarse exclusivamente sus propios criterios de aplicación en el espacio, Estado por Estado (J.G. CASTEL)⁵³⁵. Eso no es ya así: se ha producido un *cambio de paradigma* (*ein Paradigmenwechsel*)⁵³⁶. El art. 6.3.a) RR-II (= norma de conflicto perfectamente bilateral) ordena aplicar un determinado Derecho estatal con independencia de lo que dispongan los criterios de aplicación en el espacio de tal Derecho estatal; (b) Pueden ser varios los mercados afectados, de modo que el art. 6.3.a) RR-II puede conducir a aplicar distintos Derechos estatales a un mismo acto anticoncurrencial. Por tanto, se aplicará a las consecuencias que produce un mismo acto anticoncurrencial la Ley del Estado cuyo mercado resulta alterado. Si un acto contrario al Derecho *antitrust* repercute en el mercado de los Estados A, B y C, se aplicará la ley del Estado A a las consecuencias privadas que tal acto ha producido en el mercado del Estado A y así sucesivamente (M. NEGRI); (c) El *dictum* de la norma exige que se produzca una conducta restrictiva de la competencia y que tal conducta afecte o pueda afectar a un mercado. No existe regla *de minimis*. Es decir, que el art. 6.3.a) RR-II es aplicable incluso si la conducta contraria al Derecho *antitrust* produce *efectos indirectos, superficiales o poco relevantes* (E. RODRÍGUEZ PINEAU, S. FRANCO)⁵³⁷. Las consecuencias materiales de conductas anticoncurrenciales poco graves se valoran en una perspectiva de segundo escalón, no por el art. 6.3.a) RR-II.

b) Segundo supuesto: *Multijurisdiction violations*

272. Cuando la conducta afecte o pueda afectar al mercado de varios países, una aplicación literal de la “tesis del mosaico” obligaría al demandante a accionar con arreglo a una multiplicidad de Derechos nacionales: una Ley estatal por cada “mercado afectado”. Ello supondría para el actor y presunta víctima, unos costes de transacción conflictuales elevadísimos que le podrían hacer desistir de la acción indemnizatoria. En efecto, si una práctica colusoria, por ejemplo, altera el mercado de 20 países, el sujeto perjudicado debería reclamar daños con arreglo al Derecho de 20 países. Por ello, en tales casos, el art. 6.3.b) RR-II trata de evitar la multiplicación de Leyes aplicables que produce la tesis del “mosaico” y facilita la aplicación de una “Ley única” en ciertos casos, y del siguiente modo (art. 6.3.b) RR-II)⁵³⁸: (a) *Privilegio de la Ley del domicilio del demandado*. El demandante puede fundar la demanda que presenta ante los tribunales del Estado de domicilio del demandado con arreglo al Derecho de dicho Estado, siempre que tal Estado sea uno de los países cuyos mercados se han visto 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 demanda; (b) *Privilegio de la Lex Fori*. Cuando el actor presenta su demanda contra varios demandados, podrá fundar su demanda en la Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) únicamente si la restricción de la competencia en que se basa la demanda presentada contra cada uno de los demandados afecta también *de manera directa y esencial* al mercado del Estado miembro de ese tribunal.

c) Datos complementarios sobre el art. 6.3 RR-II

273. Por otro lado, cabe recordar otros *datos complementarios* sobre esta norma: (a) Cuando la conducta vulnere el Derecho europeo de la competencia, *ex hypothesi* se producen alteraciones en el mer-

⁵³⁵ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 376-377, recuerda que sólo había dos excepciones significativas, tanto en la UE como en la EFTA -el art. 99.2, nº 2, del *Code de Droit International Privé* belga y el art. 137.1 de la *Schweizerisches Gesetz über das Internationale Privatrecht*-, que contenían normas de conflicto bilaterales

⁵³⁶ T. HOLZMÜLLER/C. VON KÖCKRITZ, “Private enforcement of Competition Law under the Rome II Regulation”, *G.C.L.R.*, 2010, pp. 91-97 (p. 91); A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 376.

⁵³⁷ E. RODRÍGUEZ PINEAU, “Ley aplicable a la responsabilidad derivada de actos contrarios a la libre competencia”, *AEDIP*, VII, 2007, pp. 447-463.

⁵³⁸ A. WOLF, *Die internationale Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts*, Jena, JWV Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2017, p. 377.

cado de varios Estados miembros, lo que llevará a aplicar distintos Derechos estatales a menos que pueda recurrirse a las *opciones de concentración legal* recogidas en el art. 6.3.b RR-II; (b) En el caso de *acciones colectivas transfronterizas*, la legitimación activa se rige por la Ley determinada por el mismo art. 6.3 RR-II; (c) El punto de conexión del art. 4.1 RR-II concreta la Ley aplicable con relación a los efectos del acto ilícito en relación con la *víctima* (= óptica puramente privatista): mientras que el art. 6. RR-II lo hace con relación al *mercado* (= óptica publicista), con la intención de garantizar la efectividad de la Ley reguladora del mercado. En efecto, la Ley que regula la estructura y funcionamiento de un mercado (= reglas de naturaleza pública) regulará también las consecuencias privadas (= indemnizaciones para los particulares perjudicados) derivadas de la infracción de tales reglas jurídicas de organización del mercado (C. HONORATI); (d) La defensa de la aplicación de la *Lex Mercatus* explica por qué el precepto impide que las partes elijan la Ley aplicable a las consecuencias privadas de la vulneración del Derecho *antitrust* (art. 14 RR-II). Las acciones privadas derivadas de esta vulneración son una consecuencia funcional de las reglas públicas de funcionamiento del mercado y siguen, por tanto, su mismo “destino conflictual” (C. FRATEA). La regulación del mercado se compone tanto de las reglas públicas como de las reglas privadas. No parece lógico que un comportamiento *antitrust* quede sujeto a una Ley estatal Z por lo que se refiere a las normas públicas y a otra Ley estatal diferente B por lo que se refiere a las normas privadas. Una misma Ley estatal debe regular todo comportamiento *antitrust* para asegurar, de ese modo, el equilibrio en la regulación del mercado.

274. ➤ *Caso 1. Daños civiles e infracción de normas antitrust.* Tres empresas fabricantes de cementos, una española, otra alemana y otra portuguesa, pactan secretamente ciertas zonas de venta exclusiva en España. Otra empresa italiana que no participó en el pacto secreto observa cómo, *de facto*, ha sido expulsada del mercado español del cemento. Esta empresa reclama daños y perjuicios ante los tribunales españoles a las tres empresas que pactaron el reparto del mercado español. Es preciso determinar la Ley aplicable a esta cuestión. Solución → La Ley que rige estas obligaciones extracontractuales es la Ley española, pues el pacto entre las empresas cementeras afectaba exclusivamente al mercado español.

275. ➤ *Caso 2. Daños civiles e infracción de normas antitrust.* Cinco empresas con sede en Francia, Alemania, Italia, Reino Unido y España, fabricantes de explosivos, celebran un contrato secreto para vender en todos los Estados de la UE los explosivos a un mismo y elevado precio mínimo. Una empresa española estima que ese pacto le ha comportado daños por valor de más de 1 millón de euros y reclama daños y perjuicios contra las aludidas cinco empresas. Es preciso determinar la Ley aplicable a esta cuestión. Solución → La empresa demandante podrá basar sus pretensiones exclusivamente en la Ley española, si demuestra que España es uno de los países cuyo mercado se ha visto afectado de manera directa y sustancial por los precios acordados (*privilegio de la Lex Fori*: art. 6 RR-II).

276. ➤ *Caso 3. Daños civiles e infracción de normas antitrust: la “otra” batalla de Waterloo (2018).* Unos 1.300 minoristas, entre ellos 7 grupos de sociedades que operan en 18 países europeos (incluida Suiza) demandaron por daños anticompetitivos al grupo MasterCard y, en concreto, a tres compañías de este grupo. La primera demandada era una compañía constituida en el Estado de Delaware (EE. UU.). La segunda demandada era otra compañía constituida en el Estado de Delaware y filial de la primera. La tercera demandada era una compañía que tenía su sede en Waterloo (Bélgica) y era filial de la primera demandada. La cuarta demandada era una compañía del grupo MasterCard que estaba registrada en Inglaterra. Se les acusaba de constituir un cártel que, desde 1992 hasta el día presente, había fijado precios muy altos para los servicios de MasterCard (*interchange fees*), infringiendo el art. 101 TFUE, y causar así pérdidas a los demandantes. Ahora bien, cabía preguntarse cuál era el “mercado afectado”. De cómo se contestase esta pregunta dependía la determinación del Derecho aplicable a las pretensiones de las partes. Solución → A la High Court le correspondía la tarea, *inter alia*, de responder, centrando su atención en sólo 4 de los 18 países (*four sample countries*): Alemania, Italia, Polonia y Reino Unido (*the test country claims*). Los actores sostuvieron que el “mercado afectado” era el belga; puesto que la tercera sociedad demandada estaba establecida en Waterloo (Bélgica) y era la que se encargaba de centralizar la política comercial del grupo en Europa. MasterCard, por el contrario, defendió que la “restricción de la competencia” tuvo lugar en los diferentes mercados en que se realizaron las transacciones: Alemania, Italia, Polonia y Reino Unido (y,

Reglamento Roma II Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales específicas	
Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (art. 5 RR-II)	<p>ATENCIÓN: En España no es aplicable el art. 5 RR-II. En su lugar se aplica el Convenio de La Haya de 2 octubre 11973 sobre la Ley aplicable a los daños causados por los productos.</p> <p>(1) Ley del país de la residencia habitual común en el momento en que se produzca el daño, de la persona cuya responsabilidad se alega y de la persona perjudicada país (art. 5.1 RR-II).</p> <p>(2) En su defecto: ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país.</p> <p>(3) En su defecto: ley del país en el que se adquirió el producto, si el producto se comercializó en dicho país.</p> <p>(4) En su defecto: ley del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país.</p> <p>EXCEPCIONES:</p> <p>(a) La ley aplicable será la del país en el que tenga su residencia habitual la persona cuya responsabilidad se alega si no podía prever razonablemente la comercialización del producto o de un producto del mismo tipo en el país cuya ley sea aplicable con arreglo a las letras a), b) o c) del art. 5.1 RR-II.</p> <p>(b) Si del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el art. 5.1 RR-II, se aplicará la ley de este otro país (art. 5.3 RR-II).</p>
Competencia desleal (art. 6 RR-II)	<p>(1) Ley del país en cuyo territorio las relaciones de competencia o los intereses colectivos de los consumidores resulten o puedan resultar afectados (Lex Mercatus)</p> <p>(2) En el caso de actos de competencia desleal que afectan exclusivamente a los intereses de un competidor en particular, rigen las reglas generales (art. 4 RR-II).</p> <p>ATENCIÓN: las partes no pueden elegir la Ley aplicable (art. 6.4 RR-II).</p>
Obligación extracontractual que deriva de restricciones a la competencia (art. 6.3 RR-II)	<p>(1) Ley del país en el que el mercado resulte o pueda resultar afectado</p> <p>(2) En el caso de varios mercados afectados:</p> <p>(a) Ley del foro siempre que (i) la persona que reclama la indemnización por el daño y que presenta una demanda ante el tribunal del domicilio del demandado opte por basar su demanda en la legislación del foro; (ii) el mercado de dicho Estado miembro 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 demanda.</p> <p>(b) En el caso de varios demandados, se aplica la Ley del foro si así lo decide el demandante siempre que la restricción de la competencia en que se basa la demanda presentada contra cada uno de los demandados afecta también de manera directa y esencial al mercado del Estado miembro del tribunal del domicilio del demandado.</p> <p>ATENCIÓN: las partes no pueden elegir la Ley aplicable (art. 6.4 RR-II).</p>
Daño medioambiental (art. 7 RR-II)	<p>– Ley del país en el se produjo el hecho generador del daño si la persona que reclama el resarcimiento de los daños elige tal Ley.</p> <p>– En defecto de la anterior elección = Ley del lugar del daño.</p>
Infracción de los derechos de propiedad intelectual (art. 8 RR-II)	<p>– Ley del país para cuyo territorio se reclama la protección (Lex Loci Protectionis).</p> <p>– En caso de un derecho de propiedad intelectual comunitario de carácter unitario = ley del país en el que se haya cometido la infracción para toda cuestión que no esté regulada por el respectivo instrumento comunitario.</p> <p>ATENCIÓN: no es posible elegir la Ley aplicable (art. 8.3 RR-II).</p>

<p><i>Acción de conflicto colectivo</i> (art. 9 RR-II)</p>	<p>– <i>Ley del país de la residencia habitual común</i> en el momento en que se produzca el daño, de la persona cuya responsabilidad se alega y de la persona perjudicada país (art. 5.1 RR-II). – En su defecto = <i>ley del país en el que se haya emprendido la acción o vaya a emprenderse</i></p>
<p><i>Enriquecimiento injusto</i> (art. 10 RR-II).</p>	<p>(1) <i>Ley que regula una relación preexistente entre las partes.</i> (2) En el caso de que la ley aplicable no pueda ser determinada con arreglo al criterio anterior = <i>Ley del país de la residencia habitual común de las partes</i> en el momento en que se produce el hecho que da lugar al enriquecimiento injusto. (3) En el caso de que la ley aplicable no pueda ser determinada con arreglo a los criterios anteriores = <i>ley del país en que se produjo el enriquecimiento injusto.</i></p> <p><u>EXCEPCIÓN:</u> si del conjunto de circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de un enriquecimiento injusto presenta <i>vínculos manifiestamente más estrechos con otro país</i> distinto del indicado a través de los criterios anteriores = se aplicará la ley de este otro país (art. 10.4 RR-II).</p>
<p><i>Gestión de negocios ajenos</i> (art. 11 RR-II)</p>	<p>(1) <i>Ley reguladora de una previa relación entre las partes</i> (art. 11.1 RR-II) (2) En su defecto = <i>Ley del país de la residencia habitual común de las partes</i> en el momento en que se produce el hecho generador del daño, se aplicará la ley de dicho país (art. 11.2 RR-II). (3) En defecto de los anteriores criterios = <i>Ley del país en que se haya realizado el acto</i> (art. 11.3 RR-II).</p> <p><u>EXCEPCIÓN:</u> si del conjunto de circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de un acto realizado sin la debida autorización en relación con los negocios de otra persona presenta <i>vínculos manifiestamente más estrechos con otro país</i> distinto del indicado por los criterios anteriores, se aplicará la ley de este otro país (art. 11.4 RR-II).</p>
<p><i>Culpa in contrahendo</i> (art. 12 RR-II)</p>	<p>(1) <i>Ley aplicable al contrato</i> o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado. (2) En defecto del anterior criterio = (a) <i>Ley del país en el que se haya producido el daño.</i> (b) <i>Ley de la residencia habitual común de las partes</i> en el momento en el que se produjo el hecho generador del daño.</p> <p><u>EXCEPCIÓN:</u> si del conjunto de circunstancias se desprende que la obligación extracontractual que se derive de los tratos previos a la celebración de un contrato presenta <i>vínculos manifiestamente más estrechos con otro país</i> distinto del indicado en las letras a) y b), se aplicará la ley de este otro país.</p>

eventualmente, los restantes 14 países, incluida Bélgica). En las 47 páginas de sentencia, el Honorable Juez BARLING apuntaló *tres ideas fundamentales*: En *primer lugar*, para concretar la norma de DIPr. aplicable, había que distinguir, dada la larga existencia que había tenido el supuesto cártel, tres períodos de tiempo (*the claim periods*): (i) *Desde 11 enero 2009 hasta la fecha*: El Derecho aplicable para este período sería fijado conforme al Reglamento Roma II. (ii) *Desde el 1 mayo 1996 hasta el 10 enero 2009*: El Derecho aplicable para este período sería precisado por la *Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995*. (iii) *Desde el 22 mayo 1992 hasta el 30 abril 1996*: El Derecho aplicable para este período sería designado por los *English common law principles*. Según el Honorable Juez BARLING, “*for events [...] occurring on or after 11 January 2009, the applicable law will be determined by reference to the place of establishment of the Merchant concerned in the transaction in question*”. La sentencia, por tanto, rechaza el alegato de los demandantes y acoge el punto de vista de MasterCard; es decir, que el Derecho belga no sería aplicable a todas las acciones de daños por infracción del Derecho antitrust europeo, sino que habría de recurrirse, en principio, al Derecho alemán, italiano, polaco o inglés, según los casos. En *segundo lugar*, precisó cuál era el “mercado afectado”; puesto que la *location of the restriction on competition* era el punto

de conexión relevante para la *1995 Act*: “[...] *the alleged restriction of competition in relation to each category of claim, including the CAR claim, took place in each of the product and geographic markets where the relevant Claimant(s) operated its retail business*”. Por último, para el período que va del 22 mayo 1992 al 30 abril 1996, rechazó la *double actionability*, regla tradicional del Derecho inglés conforme a la cual el ejercicio de acciones de daños ante los tribunales ingleses estaría sometido tanto a la *lex fori* como a la *lex loci delicti*, salvo que exista un país cuyo Derecho tenga una relación más significativa (*the most significant relationship*) con una cuestión particular entre las partes. La sentencia de la High Court manejó la formulación de esta regla por *Dicey & Morris, The Conflict of Laws*, 9ª ed., London, Stevens, 1973, p. 938: “(1) *As a general rule, an act done in a foreign country is a tort and actionable as such in England, only if it is both (a) actionable as a tort according to English law, or in other words is an act which, if done in England, would be a tort; and (b) actionable according to the law of the foreign country where it was done. (2) But a particular issue between the parties may be governed by the law of the country which, with respect to that issue, has the most significant relationship with the occurrence and the parties*”. Para el Honorable BARRING, esto último no ocurría: no estaba justificado que ni el Derecho belga ni el de cualquier otro país regulase todas las acciones de daños que el caso *MasterCard* había suscitado en Europa⁵³⁹.

7. Cuestiones particulares

A) Orden público del foro

a) Aspectos generales

277. Sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la Ley designada por el Reglamento Roma II si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro (art. 26 RR-II)⁵⁴⁰.

278. El orden público internacional sirve para descartar la aplicación de la Ley designada por las normas de conflicto del Reglamento Roma II si ello produce una lesión en los principios jurídicos básicos que regulan la sociedad del Estado cuyos tribunales conocen del asunto. El orden público internacional evita la externalidad negativa que podría producir la norma de conflicto, esto es, unos daños a los “intereses generales”, y a la “sociedad” del país cuyos tribunales conocen del asunto. El orden público internacional es una excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto. Por ello, debe interpretarse siempre de modo restrictivo y debe aplicarse siempre de modo excepcional. Ejemplo: la Ley extranjera que no permita reparar daños morales puede considerarse contraria al orden público internacional español⁵⁴¹. Igualmente puede retenerse contraria al orden público internacional español la aplicación de una Ley extranjera que recoge indemnizaciones irrisorias o extraordinariamente excesivas. Por el contrario, parece claro que no resulta contraria al orden público internacional español la Ley inglesa que permite el resarcimiento del daño físico, el daño moral y el llamado “*loss of amenity*”, esto es, el resarcimiento del empeoramiento de la calidad de vida que sufre la víctima⁵⁴².

279. En el supuesto de una Ley cuya aplicación produzca efectos manifiestamente contrarios al orden público internacional del Estado del foro, las obligaciones extracontractuales deben regirse por la Ley fijada por el siguiente punto de conexión recogido en el mismo Reglamento Roma II y no por la *Lex Fori* (P. FRANZINA). Esta solución respeta el principio de proximidad que inspira las soluciones contenidas en el Reglamento Roma II y evita las inadecuadas tentaciones de legefórmismo de los tribunales.

⁵³⁹ Sentencia High Court [Ch Div] 9 marzo 2018, *Deutsche Bahn AG & Others v MasterCard*, [2018] EWHC 412 (Ch), §§ 1, 2, 3, 12, 14, 26, 44, 55, 142, 146, 165 y 187 a 192, comentada por W. JAZRAWI/A. ZALEWSKA, “Mastering applicable law in English proceedings: *Deutsche Bahn v Mastercard*”, *G.C.L.R.*, 10, 4, 2017, pp. R41-R51.

⁵⁴⁰ F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 168-174.

⁵⁴¹ En Francia: Sent. CA Paris 2 octubre 1963, *RCDIP*, 1964, p. 332 y *JDI Clunet*, 1964, p. 103, nota de B. GOLDMAN.

⁵⁴² Sent. Corte Cass, Italia, 26 mayo 2014 (accidente de caza en la Gran Bretaña), *RDIPP*, 2015, pp. 657-662.

b) Daños punitivos

280. El Reglamento Roma II sólo dispone que hay que descartar la aplicación de una ley estatal que conduzca, en el caso de que se trate, a un resultado manifiestamente incompatible con el orden público del foro (art. 26 RR-II); pero, en cambio, no contiene ninguna disposición especial en su articulado que puntualice si esto sucede, en especial, con los denominados *daños punitivos* y, en caso afirmativo, si tales daños estarían totalmente prohibidos o sólo, cuando vistas las circunstancias concretas del caso, fuesen manifiestamente desproporcionados.

281. En el transcurso de la elaboración del Reglamento Roma II, hubo preceptos que regularon esta cuestión; pero, a medida que los trabajos legislativos avanzaron, fue reduciéndose la inicial prohibición general de esta clase de daños hasta desaparecer finalmente del articulado del Reglamento⁵⁴³. Tras la *voladura controlada* de la prohibición general de daños competitivos, sólo han quedado dos textos que han servido para mantener e, incluso, alentar la polémica: 1) El Considerando [32] del Reglamento Roma II: “*Consideraciones de interés público justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía. En particular, la aplicación de una disposición de la ley designada por el presente Reglamento que condujera a la asignación de daños e intereses ejemplares o punitivos de naturaleza excesiva, puede, según las circunstancias del caso y el ordenamiento jurídico del Estado miembro del órgano jurisdiccional competente, considerarse contraria al orden público del foro*”; y 2) el Considerando [13] de la Directiva 2014/104/UE: “[...] *un resarcimiento pleno en virtud de la presente Directiva no debe conducir a un exceso de resarcimiento, ya sea mediante daños punitivos, múltiples o de otro tipo*”.

282. Los daños punitivos (*Punitive Damages / Exemplary Damages*) consisten en una cantidad económica que debe desembolsar el responsable de un daño con la triple finalidad de castigar al responsable, de impedir que se lucre con sus actos antijurídicos y de disuadir a dicho demandado y a otras personas de que realicen las actividades como las que causaron daños al demandante⁵⁴⁴. Esta pluralidad de fines

⁵⁴³ Lo relata, con su habitual minuciosidad, F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 170-173.

⁵⁴⁴ *Vid., ad ex.*, E. D’ALESSANDRO, “Riconoscimento di punitive damages: in attesa delle Sezioni Unite”, *Int’l Lis*, XIV, 2, 2016, pp. 90-96; E. BÜYÜKSAGIS, “Punitive damages in Europe and plea for the recognition of legal pluralism”, *European Business Law Review*, 27, 1, 2016, pp. 137-157; G. CAVALIER, “Punitive damages and French international public policy”, en *Comparative studies on business tort litigation*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, pp. 219-232; B. CHEYNEL, “Actions de suite: pas de dommages-intérêts punitifs devant les juridictions anglaises”, *Revue Lamy de la concurrence*, n° 14, 2008, pp. 102-105; D. COESTER-WALTIJEN, “Deutsches internationales Zivilverfahrensrecht und punitive damages nach US-amerikanischem Recht”, en A. HELDRICH/T. KONO (HRSG.), *Herausforderungen des Internationalen Zivilverfahrensrechts: Japanisch-deutsch-schweizerisches Symposium über aktuelle Fragen des Internationalen Zivilverfahrensrechts im Verhältnis zu den USA*, Tübingen, Mohr, 1994, pp. 15-34; M. COUSIN, “Réparation ou punition?: à propos de l’ordonnance sur les actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles”, *Revue Lamy de la concurrence*, n° 60, 2017, pp. 20-22; M. DANOV, “Awarding exemplary (or punitive) antitrust damages in EC competition cases with an international element: the Rome II Regulation and the Commission’s White Paper on damages”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 7, 2008, pp. 430-436; M. GEBAUER, “Strafschadensersatz und italienischer ordre public”, *ZEuP*, 2009, pp. 409-420; A.-S. GHASSABEH, *Die Zustellung einer punitive damages-Sammelklage an beklagte deutsche Unternehmen: zugleich ein Beitrag zum “unnötigen” transatlantischen Justizkonflikt*, Frankfurt am Main, Berlin, Wien, Lang, 2009; J. GOTANDA, “Charting developments concerning punitive damages: Is the tide changing?”, *Columbia Journal of Transnational Law*, 2006-2007, pp. 507-528; M. HAZELHORST, “Private enforcement of EU competition law: why punitive damages are a step too far”, *ZEuP*, 18, 4, 2010, pp. 757-772; J. VON HEIN, “BVerfG gestattet Zustellung einer US-amerikanischen Klage auf punitive damages”, *RIW*, 2007, pp. 249-255; E. KARNER, “Prevention, Deterrence, Punishment”, en H. KOZIOL (ED.), *The aims of tort law: Chinese and European perspectives*, Wien, Jan Sramek Verlag, 2017, pp. 51-60; H. KOCH/J. ZEKOLL, “Zweimal amerikanische punitive damages vor deutschen Gerichten”, *IPRax*, 1993, pp. 288-292; H. KOZIOL/V. WILCOX (EDS.), *Punitive damages: common law and civil law perspectives*, Wien, Springer, 2009; F.-X. LICARI, “Prendre les punitive damages au sérieux: propos critiques sur un refus d’accorder l’exequatur à une décision californienne ayant alloué des dommages-intérêts punitifs: comm. 18”, *Clunet*, 137, 4, 2010, pp. 1234-1263; M. LÓPEZ DE GONZALO, “Punitive damages e ordine pubblico”, *RDIPP*, XLIV, 1, 2008, pp. 77-90; K. MARX, *Exemplary damages im englischen Recht*, Münster, LIT, 1999; C. DE MENECH, “Il problema della riconoscibilità di sentenze comminatorie di punitive damages: alcuni spunti ricostruttivi”, *Rivista di diritto civile*, 2016, 6, pp. 1644-1679; R.C. MEURKENS, *Punitive damages: the civil remedy in American law, lessons and caveats for continental Europe*, Deventer, Kluwer, 2014; J. MÖRSDORF-SCHULTE, *Funktion und Dogmatik US-amerikanischer punitive damages: zugleich ein Beitrag zur Diskussion um die Zustellung und Anerkennung in Deutschland*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1999; ID., “Spezielle Vorbehaltsklausel im Europäischen

primordial para calificar su naturaleza jurídica, no es más que una “contradicción aparente” (“*contradiction apparente*”) (R. SAINT-ESTEBEN)⁵⁴⁵. Los daños punitivos se regulan y aceptan en el Derecho de la mayor parte de los Estados anglosajones, especialmente, en el Derecho Privado de los distintos *States* que forman los Estados Unidos de América, y en algunos Estados europeos (Reino Unido, Irlanda y Chipre).

283. Desde el punto de vista del Derecho internacional privado español y europeo, la doctrina ha identificado *tres grandes escenarios de cuestiones jurídicas* que reclaman una respuesta jurídica: (a) La posibilidad de aplicar una Ley extranjera que otorgue daños punitivos y su posible contrariedad con el orden público internacional español; (b) La posibilidad de otorgar reconocimiento/*exequatur* en España a una sentencia extranjera que concede estos daños punitivos y de ejecutarla materialmente, así como su posible contrariedad con el orden público internacional español; (c) La posibilidad de los tribunales españoles de colaborar con un tribunal extranjero que conoce de un asunto en el que el demandante ha solicitado la imposición de daños punitivos al demandado, y, especialmente, la cuestión de saber si se puede y/o debe notificar a un demandado con residencia en España, la demanda que ha dado lugar a un proceso en el extranjero en el que se debate la imposición de estos daños punitivos.

a’) Leyes extranjeras que admiten los daños punitivos y orden público internacional. El sistema del “triple test”

284. El Reglamento Roma II no contiene una disposición específica, en su articulado, sobre este concreto tema. Ahora bien, esta cuestión sí que es abordada, de forma expresa, en el Cons. (32) RR-II. A la vista del art. 26 y Cons. (32) RR-II, cabe, pues, afirmar que el juez español debe admitir la aplicación de la Ley extranjera que contemple los daños punitivos si se supera un “triple test jurídico” de legitimidad.

- 1º) *Test de “moderación-exceso de los daños punitivos”*. A tenor de este test, se permite, directamente, la aplicación en España de Leyes extranjeras que admiten daños punitivos que no resulten excesivos, lo que deberá determinar el juez español que conozca del asunto. Unos daños punitivos son “excesivos” en España si alcanzan una suma global extraordinariamente elevada considerados los parámetros habituales de las indemnizaciones que proceden en Derecho español por conductas y daños similares.
- 2º) *Test de “oportunidad de los daños punitivos excesivos”*. Mediante este test, cabe admitir la aplicación de Leyes extranjeras que admiten la imposición de daños punitivos excesivos, si así lo aconseja la gravedad del acto, hecho, conducta o comportamiento del infractor, si los deberes jurídicos que debía haber respetado el infractor le eran especialmente exigibles⁵⁴⁶.

Internationalen Deliktsrecht?”, *ZVglRWiss*, 104, 2005, pp. 192-256; E. SAHIN, “The (infamous) question of punitive damages in EU competition law”, *G.C.L.R.*, 9, 3, 2016, pp. 88-95; J. SCHUBERT, “Punitive damages – Das englische Recht als Vorbild für das deutsche Schadensrecht?”, *Juristische Rundschau*, 2008, pp. 138-143; K. SIEHR, “Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Verurteilungen zu punitive damages”, *RIW*, 1991, pp. 705-709; R. STÜRNER/A. STADLER, “Zustellung von punitive damages – Klagen an deutsche Beklagte nach dem Haager Zustellungsübereinkommen?”, *IPRax*, 1990, pp. 157-160; M. TESCARO, “I punitive damages nordamericani: un modello per il diritto italiano?”, *Contratto e impresa. Europa*, XVII, 2, 2012, pp. 599-649; C. TRIADAFILLIDIS, “Anerkennung und Vollstreckung von ‘punitive damages’ – Urteilen nach kontinentalen und insbesondere nach griechischem Recht”, *IPRax*, 2002, pp. 236-238; C. VANLEENHOVE, *Punitive damages in private international law: lessons for the European Union*, Cambridge, Antwerp, Portland, Intersentia, 2016; C. VAQUERO LÓPEZ, “Sobre la posibilidad de reconocimiento en España de ‘daños punitivos’ como consecuencia de la infracción del Derecho comunitario de la competencia”, en L.A. VELASCO SAN PEDRO, C. ALONSO LEDESMA/J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ/C. HERRERO SUÁREZ/J. GUTIÉRREZ GILSANZ (Eds.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 683-691; S. WEICHBRODT, “US-amerikanischen Schadenersatzrecht als mögliches Vorbild für das neue kartellrechtliche Schadenersatzrecht, insbesondere ‘punitive damages’”, en C. TIETJE/W. BLAU (HRSG.), *Das europäische Kartellrecht nach der VO 1/03 im Wechselverhältnis von europäischem Recht und innerstaatlichem Verfahrensrecht*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, pp. 146-161; J. ZEKOLL/N. RAHLF, “US-amerikanische Antitrust-Treble-Damages-Urteile und deutscher ordre public”, *JZ*, 1999, pp. 384-394.

⁵⁴⁵ R. SAINT-ESTEBEN, “Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs”, *Les Petites Affiches*, n° 14, 20 enero 2015, p. 53: “[...] il existe, du moins dans notre système juridique, une contradiction apparente entre les termes ‘dommages et intérêts’ et ‘punitifs’”.

⁵⁴⁶ ATS 13 noviembre 2001 [ECLI:ES:TS:2001:1803A]; sent. Cour Cass. Francia 1 diciembre 2010, *Schelenzka* [*Bulletin*, 2010, I, n. 48]; sent. Corte appello Trento-Bolzano (Italia) 16 agosto 2008 (sentencia dictada en Florida); Sent. Corte Cass. Italia

- 3º) *Test de “vinculación espacial” del supuesto fáctico*. Si el caso no presenta “vinculaciones significativas” o “estrechas” con España, entonces no es posible que la aplicación de las leyes extranjeras que admiten los daños punitivos resulte contraria al orden público internacional español (O. BOSKOVIC, Y. DERAIS, S. SYMEONIDES, Z. CRESPI REGHIZZI, R. MORSE, E. D’ALESSANDRO, A. SARAVALLE)⁵⁴⁷.

285. ➤ *Caso . Daños punitivos solicitados ante tribunales españoles*. Una empresa española fabrica cascos para motocicletas en los Estados Unidos de América y los vende en dicho país. Como consecuencia de un error de fabricación de los mismos, un casco se abrió con ocasión de un accidente de motocicleta ocurrido en Indiana. Un joven falleció por un casco con defectos de fábrica. La familia del joven reclama daños y perjuicios a la empresa fabricante ante los tribunales españoles y la condena de ésta al pago de *Punitive Damages*, ya que la responsabilidad no contractual derivada del defecto del casco se rige *ex* Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 [Ley aplicable a la responsabilidad por productos] o bien *ex art.* 5 RR-II, por la Ley norteamericana, donde tales daños están legalmente previstos. Pues bien, no existe ninguna razón para excluir por contrariedad con el orden público internacional “español”, la aplicación de una Ley extranjera que regula la responsabilidad de un daño ocurrido en los Estados Unidos de América, que afecta a un sujeto residente y nacional de dicho país y que afecta a la comercialización de productos fabricados en y para los Estados Unidos, datos todos éstos que eran de perfecto conocimiento de la empresa fabricante española. Dicha empresa se beneficia del enorme mercado norteamericano porque se “sumerge” en el mismo, por lo que en consecuencia, es perfectamente consciente de que dicho mercado está sujeto a sus propias reglas, y al pago, en su caso, de *Punitive Damages*. La condena de la empresa española al pago de tales daños punitivos en nada perjudica el sistema “español” de responsabilidad civil, porque el caso afecta al mercado “norteamericano”, no al mercado “español”. Por ello, la aplicación del Derecho de los Estados Unidos a este caso, aunque imponga daños punitivos muy elevados, no vulnera ni puede vulnerar el orden público internacional español, de modo que los jueces españoles deben aplicarla (art. 26 y Cons. 32 RR-II).

b’) Reconocimiento y ejecución en España de sentencias extranjeras que conceden *Punitive Damages*

286. Al respecto diversos elementos deben tenerse en cuenta:

- 1º) Las sentencias extranjeras que condenan al pago de *Punitive Damages* deben, inexcusablemente, cumplir los requisitos legales generales relativos al reconocimiento / *exequatur* según el régimen jurídico aplicable a la sentencia extranjera en cuestión: Reglamento Bruselas I-bis, arts. 41-61 LCJIMC, etc.
- 2º) Sólo puede denegarse el reconocimiento / *exequatur* de estas sentencias extranjeras que condenan al pago de daños punitivos si tales sentencias no superan el “triple test de legitimidad” antes indicado⁵⁴⁸: (a) Las cantidades concedidas por la sentencia extranjera en concepto de daños punitivos no deben ser excesivas⁵⁴⁹. La Cassazione italiana ha indicado que la sentencia extranjera debe respetar el principio de seguridad jurídica y, en consecuencia, establecer claramente el nivel cuantitativo de responsabilidad del fabricante, así como que debe exigirse que la aplicación de la regla jurídica de los daños punitivos sea previsible para el responsable⁵⁵⁰; (b) Si las cantidades a pagar en concepto de daños punitivos en virtud de una extranjera son elevadas o “excesivas” no se producirá necesariamente la vulneración

19 enero 2007 (daño en Alabama por mal cierre de cascos para motocicletas fabricados en Italia) [RDIPP, 2007, p. 777]; Sent. Trib. Venezia (Italia) 15 octubre 2001, Parrott [RDIPP, 2002, p. 1021]; Sent. Cour d’appel Poitiers (Francia) 26 febrero 2009.

⁵⁴⁷ SAP Barcelona 7 mayo 2012 (accidente aéreo en Alemania y daños punitivos recogidos en la Ley norteamericana aplicable) [ECLI:ES:APB:2012:6351].

⁵⁴⁸ ATS 13 noviembre 2001 (sentencia dictada por tribunal de Texas) [ECLI:ES:TS:2001:1803A].

⁵⁴⁹ ATS 13 noviembre 2001 [ECLI:ES:TS:2001:1803A]; sent. Cour Cass. Francia 1 diciembre 2010, Schelenzka [Bulletin, 2010, I, n. 48]; ATS 18 septiembre 2001 (*exequatur* parcial de sentencia dictada en Nueva Jersey) [ECLI:ES:TS:2001:163A].

⁵⁵⁰ Sent. Cass. Italia n. 16601 de 5 julio 2017.

del orden público internacional español, si la conducta del infractor resultó especialmente grave y por ello comportó un perjuicio especialmente serio para la víctima o si el responsable infringió deberes jurídicos fundamentales⁵⁵¹; (c) Si el supuesto no presenta un ligamen sustancial con España, el reconocimiento / *exequatur* en España de una sentencia extranjera que otorga *Punitive Damages* debe admitirse, incluso si tales daños punitivos son muy elevados o excesivos (D. BUREAU / H. MUIR WATT)⁵⁵².

B) El artículo 10.9.I del Código Civil

a) Alcance objetivo actual del art. 10.9 CC

287. Este precepto señala la Ley reguladora de las obligaciones no contractuales y su redacción data de 1974 (Reforma del Título Preliminar del Código Civil)⁵⁵³. En la actualidad, el precepto ha quedado seriamente afectado por el Reglamento Roma II y por una larga lista de instrumentos legales internacionales que regulan supuestos concretos de obligaciones no contractuales. En consecuencia cabe afirmar lo siguiente

- 1º) El párrafo segundo del art. 10.9 CC relativo a la Ley aplicable a la “gestión de negocios” es hoy día totalmente inaplicable. En su lugar se aplica el Reglamento Roma II que además dispone de una norma de conflicto específica sobre el particular
- 2º) El párrafo tercero del art. 10.9 CC relativo a la Ley aplicable al “enriquecimiento injusto” es hoy día totalmente inaplicable. En su lugar se aplica el Reglamento Roma II, que también dispone de una norma de conflicto específica sobre este tem
- 3º) El párrafo primero del art. 10.9 CC ha quedado desplazado por el Reglamento Roma II y por toda la normativa internacional específica que señala el régimen jurídico de las obligaciones no contractuales en casos internacionales. De todos modos, sigue conservando un notable *valor aplicativo residual*. En efecto, el art. 10.9.I CC señala la Ley aplicable a aquellas obligaciones no contractuales que no son objeto de regulación ni por la normativa internacional específica en vigor para España ni por el Reglamento Roma II. *Ejemplos:* Ley aplicable a las obligaciones no contractuales derivadas de daños a los derechos de la personalidad, Ley aplicable a los daños nucleares no cubiertos por los Convenios internacionales específicos en materia de daños nucleares, Ley aplicable a la responsabilidad civil derivada de actos *jure imperii* y, en particular, de actos de guerra llevados a cabo por órganos de un Estado⁵⁵⁴.

b) Punto de conexión

288. El art. 10.9.I CC indica: “*Las obligaciones no contractuales se regirán por la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven*”. Varios datos relativos a este precepto deben subrarse:

⁵⁵¹ Sent. Corte appello Trento-Bolzano (Italia) 16 agosto 2008 (sentencia dictada en Florida) [RDIPP, 2009, p. 448]; Sent. Corte Cass. Italia 19 enero 2007 (daño en Alabama por mal cierre de cascos para motocicletas fabricados en Italia) [RDIPP, 2007, p. 777]; Sent. Trib. Venezia (Italia) 15 octubre 2001, *Parrott* [RDIPP, 2002, p. 1021]; Sent. Cour d’appel Poitiers 26 febrero 2009.

⁵⁵² ATS 13 noviembre 2001 [ECLI:ES:TS:2001:1803A]; sent. Cour Cass. Francia 20 febrero 2007, *Cornelissen* [Bulletin, 2007, I, n. 68, p. 60]; sent. OLG Munich (Alemania) 15 julio 1992 (*exequatur* de sentencia dictada por la *Circuit Court* del condado de Jefferson de 12 junio 1992).

⁵⁵³ *Vid., ad ex.*, M.A. AMORES CONRADI, “Comentario al art. 10, apartado 9 del Código civil”, en M. ALBALADEJO (Dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. I, Vol. 2º (Arts. 8 a 16), 2ª ed., Madrid, EDERSA, 1995, pp. 729-769; M.A. AMORES CONRADI/E. TORRALBA MENDIOLA, “XI tesis sobre el estatuto delictual”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2004, nº 8, pp. 1-34 (www.reei.org), pp. 1-34; M. GARDEÑES SANTIAGO, “La Ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito en el Derecho internacional privado español”, *AEDIP*, 2000, pp. 159-183.

⁵⁵⁴ Sent. trib. Bologna (Italia) 11 enero 2010 (sujeto capturado en Italia y deportado a Alemania: acto ocurrido en Italia y aplicación de la Ley italiana); sent. trib. Torino (Italia) 20 mayo 2010 (militar italiano capturado en Italia y sometido a trabajos forzados en Alemania) [RDIPP, 2011, p. 1006].

- a) *Supuesto de hecho*. A diferencia de lo que se aprecia en el Derecho alemán, el sistema español de responsabilidad civil es un “sistema de cláusula general” (*vid.* art. 1902 CC), como muy bien explica, con claridad meridiana, M.A. AMORES CONRADI. Este dato se refleja en el supuesto de hecho del art. 10.9.I CC: el precepto cubre todo tipo de reclamación indemnizatoria que no pueda ser encajado en otras categorías jurídicas, como la responsabilidad contractual, alimentos, matrimonio, etc.
- b) *Punto de conexión “Locus Delicti Commissi”* e ilícitos a distancia. El punto de conexión utilizado por el precepto es el tradicional *Locus Delicti Commissi*: el “lugar donde ha ocurrido el hecho del que deriva la obligación”⁵⁵⁵. Sin embargo, a partir de aquí todo son dudas, en especial cuando se trata de ilícitos a distancia:
- 1º) La letra del precepto parece inclinarse por el “lugar del hecho causal” y no por el “lugar del daño” (P. FRANZINA). Sin embargo, es más que probable que el legislador español de 1974 no tuviera en cuenta los ilícitos a distancia cuando redactó el precepto. Para dicho legislador, la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales debía ser la Ley del lugar donde acto causal y daño, ambos, se materializan. Por tanto, también más que probable es que el precepto incurra en una *laguna axiológica*. Ello, unido a una no enteramente clara dicción legal, permite ciertos movimientos interpretativos.
 - 2º) La doctrina española mayoritaria ha indicado que el art. 10.9.I CC permite considerar como lugar relevante el lugar del “hecho causal” o el lugar del “evento dañoso” (E. ZABALO ESCUDERO, M.A. AMORES CONRADI, J.A. CARRILLO SALCEDO, etc.). El demandante podrá elegir qué lugar estima relevante y, en consecuencia, qué Ley debe aplicarse.
 - 3º) Para potenciar la claridad normativa y la armonía del sistema español de DIPr. cabe interpretar este precepto en sintonía con el mismo criterio contenido en el Reglamento Roma II. Por tanto, debe estimarse que, como propone F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, en los casos de ilícitos a distancia, sólo debe resultar relevante el “lugar del daño” y no el “lugar del acto causal”⁵⁵⁶. Cierta jurisprudencia se orienta en dicha dirección⁵⁵⁷.
- c) *Flexibilización de la conexión*. El art. 10.9.I CC recoge este punto de conexión “*Locus Delicti Commissi*” con la rigidez propia del acero de Toledo. El legislador no ha previsto conexiones especiales para *casos específicos* de obligaciones no contractuales ni ha recogido una *cláusula de excepción* que permita escapar de la ley del lugar del hecho en casos en los que dicho lugar es fortuito, casual o puramente anecdótico. Para estos casos, y con el fin de evitar la aplicación de una Ley imprevisible y costosa para las partes, cabe introducir ciertas válvulas de flexibilización al precepto. Un *moderado desarrollo judicial* del precepto puede ayudar a ello. En estos casos, el juez español puede descartar la Ley del país del daño y aplicar la Ley del país con el que el supuesto presenta los vínculos más estrechos. Por ejemplo, cuando se compruebe que el lugar donde se verificó el daño fue meramente fortuito y totalmente imprevisible para las partes, cabe estimar que el legislador no ha podido querer la aplicación de la Ley del lugar del daño. Se produce, en tal caso, una *laguna axiológica* en el art. 10.9.I CC, y el juez puede integrar dicha laguna mediante el principio de proximidad y puede dar aplicación a la Ley del país más estrechamente vinculado al caso específico
- d) *Ámbito de la Ley aplicable*. La Ley designada por el art. 10.9.I CC regulará las cuestiones a las que se refiere el art. 10.10 CC, que son: 1º) Tipo de responsabilidad (culposa, objetiva, etc.); 2º) Criterios de imputación de la responsabilidad y la cuestión de la “causalidad”; 3º) Exigencia o no de antijuridicidad de la conducta que genera la responsabilidad; 4º) Daños

⁵⁵⁵ STS 10 mayo 2007 (responsabilidad civil de los administradores de una sociedad anónima por actos realizados en Inglaterra) [ECLI:ES:TS:2007:2694].

⁵⁵⁶ F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2016, pp. 398-399 y 419.

⁵⁵⁷ SAP Baleares 21 noviembre 2000 (fotografías tomadas en Mallorca al actor Michael Douglas y publicadas en Inglaterra) [ECLI:ES:APIB:2000:3729]; Sent. Cour d’appel Paris 10 febrero 1999.

resarcibles, cuantía y limitaciones de la indemnización; 5º) Titulares del derecho a percibir una indemnización como consecuencia del ilícito, así como posible transmisibilidad de tal derecho; 6º) Prescripción y caducidad de la acción para solicitar la responsabilidad no contractual. Debe tenerse presente que los crímenes contra la humanidad y otros delitos internacionales son imprescriptibles en Derecho español y en el Derecho de otros muchos países⁵⁵⁸; 7º) La posible existencia de una *acción directa* que el perjudicado pueda ejercitar frente al asegurador de la responsabilidad -compañía aseguradora-. Sin embargo, una vez fijado que efectivamente cabe el ejercicio de dicha “acción directa” contra el asegurador, será la Ley que rige el contrato de seguro la que determinará los riesgos cubiertos por el contrato de seguro y los límites de la responsabilidad del asegurador⁵⁵⁹.

IV. Consideraciones finales

289. Es difícil hacer justicia, dentro de los límites de esta exposición, a un tema tan actual y complejo, sometido a un meticuloso examen doctrinal y jurisprudencial. No obstante, conviene destacar algunos puntos importantes.

290. Para que los tribunales europeos salieran de la atonía en materia de acciones civiles por daños antitrust, se elaboró la Directiva 2014/104/UE del Parlamento europeo y del Consejo de 26 noviembre 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE. En poco tiempo, se han incoado por los tribunales europeos cientos de procesos civiles de reparación de daños anticompetitivos; aunque obviamente, por la fecha en que se produjeron las ententes o los abusos de posición dominante, la normativa material introducida por la Directiva 2014/104/UE en los ordenamientos nacionales no resulte aplicable. Una *mentalidad hamletiana* sin duda se preguntará cuál o cuáles son las causas de este fenómeno. La duda se ve alimentada por dos posibles explicaciones (R. AMARO). Conforme a un *enfoque pesimista*, el incremento de acciones civiles para la compensación por daños anticompetitivos se corresponde con un aumento de las infracciones del Derecho de la competencia (= *vivimos en una sociedad intensamente cartelizada*). Conforme a un *enfoque optimista*, no ha habido tanto un aumento del número de ilícitos anticoncurrenciales como una “sensibilización” de la sociedad contra ellos, promovido por el hecho de que el Estado haya dotado a los particulares de herramientas más adecuadas para el fin que se pretende (= “*efecto socialmente contagioso*” de la “*caja de herramientas*” contra las infracciones del Derecho antitrust). Nosotros nos quedamos con esta última explicación.

291. Dicha Directiva no contiene -en contra del deseo de algunos juristas- normas propias para resolver los *conflictos de jurisdicciones y de leyes* en esta materia. Surge, pues, la cuestión de si el legislador europeo debiera dictar una normativa *ad hoc* para las cuestiones de Derecho Internacional Privado que suscitan las acciones de indemnización por daños anticompetitivos.

Desde nuestro punto de vista, esto no sería aconsejable. Rompería la armonía del sistema de Derecho Internacional Privado ya existente y aplicable a este sector, crearía la duda de si la jurisprudencia dictada al amparo de las normas ya existentes que a continuación se refieren sería extrapolable a las supuestas nuevas normas, en todo o parcialmente, y nos colocaría en la tesitura de tener que elegir entre la experiencia adquirida en aplicación de importantes Reglamentos de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea o crear otros nuevos. En el mejor de los casos, sería precipitado: aún nos falta ex-

⁵⁵⁸ Sent. trib. Bologna (Italia) 11 enero 2010 (sujeto capturado en Italia y deportado a Alemania: acto ocurrido en Italia y aplicación de la Ley italiana); sent. trib. Torino (Italia) 20 mayo 2010 (militar italiano capturado en Italia y sometido a trabajos forzados en Alemania) [RDIPP, 2011, p. 1006].

⁵⁵⁹ P. JIMÉNEZ BLANCO, “Acción directa y protección del perjudicado en el Reglamento Roma II”, *Revista Española de Seguros*, 2009, pp. 741-765; F. MARONGIU BUONAIUTI, *Le obbligazioni non contrattuali nel diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 155-157; M. MICHA, *Der Direktanspruch im europäischen Internationalen Privatrecht: das kollisionsrechtliche System des Art. 18 Rom II-VO vor dem Hintergrund des materiellen Rechts der Mitgliedsstaaten*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010.

perencia. No tenemos en este terreno la de los tribunales estadounidenses y nos queda aún mucho que recorrer: en el mejor de los casos, esta codificación parcial sería precipitada. Nos tememos que no se trataría, llegado el caso, de la *hora de los prudentes*, sino de la *hora de los temerarios*.

292. Dejando a un lado la polémica relativa a la *conveniencia o inconveniencia* de que se hubieran dictado *normas ad hoc de Derecho Internacional Privado* para las acciones reparatoras de daños anticompetitivos, lo cierto es que al Derecho antitrust europeo le sucede lo mismo que a otros sectores de la vida social altamente internacionalizados: para saber qué tribunal es internacionalmente competente y qué ley es aplicable tiene que acudir a *dos normas europeas de carácter general*: el Reglamento Bruselas I-bis y el Reglamento Roma II. En conjunto, hasta ahora, han solucionado de manera razonable los problemas de *forum* y *ius* que se han suscitado. La STJUE 21 mayo 2015, C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, ECLI:EU:C:2015:335, constituye una buena muestra de hasta dónde puede llegar el desarrollo judicial en el Derecho Internacional Privado.

293. La “concepción monista” del hecho generador del daño, la concordancia entre la realidad jurídica antitrust y la realidad jurídica civil y, por último, la mejor y mayor protección de las víctimas de comportamientos anticompetitivos debieran conducir a una consecuencia lógica: el reconocimiento por el legislador estatal, el legislador europeo o la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo de la responsabilidad civil de todas las “personas jurídicas” que componen la “empresa”.

294. La experiencia que tenemos, hoy por hoy, es *muy limitada*; sin embargo, la Directiva 2014/104/UE ha tenido un cierto “efecto de retroalimentación” (*feedback*): son centenares los litigios que están surgiendo en Europa contra conocidos cárteles, con una frecuencia y en una cantidad que no tiene precedente en el Espacio Económico Europeo. No pasarán muchos años hasta que, además de esos dos importantes Reglamentos de la UE que someramente hemos analizado, contemos con una *jurisprudencia nacional y europea* que interprete y colme las *incertidumbres hermenéuticas y lagunas legislativas* con las que hoy se enfrentan los juristas europeos que operan en este sector. Hasta que llegue ese momento, sin duda alguna, veremos cómo se interponen *cuestiones prejudiciales* ante el TJUE, que, fiel a su misión histórica, volverá a iluminarnos el camino.

295. Aun a riesgo de equivocarnos, tres son las *cuestiones candentes* que habría que despejar:

Primera: Hay que precisar cuál es el alcance de los *acuerdos de elección de foro*. Se trata de saber si son válidos los acuerdos de elección de foro insertos en un contrato de distribución, cuando concurren tres circunstancias: 1ª) Son *previos* a la interposición de la acción; 2ª) se invocan frente a una *acción por daños anticompetitivos* (en concreto, abuso de posición dominante); 3ª) configuran un *acuerdo de elección de foro asimétrico* que ha sido impuesto a la otra parte contratante por la empresa a la que supuestamente se acusa de abuso de posición dominante.

Segunda: Se debe determinar hasta dónde puede llegar el *foro de conexidad*. Concretamente, habría que discutir si cabe considerar *demandado ancla* a una filial que no figura como responsable del ilícito concurrencial en la decisión administrativa de condena de la Comisión, la Autoridad Nacional de la Competencia o el Tribunal ante el que ésta haya sido recurrida.

Tercera: La lucha contra los cárteles internacionales obliga a plantearse si es posible extrapolar, *mutatis mutandis*, la *noción de empresa* del Derecho antitrust europeo al Derecho Internacional Privado de las acciones por daños anticompetitivos y, por consiguiente, si cabe demandar a las sociedades matrices de grupos internacionales de sociedades a través de sus filiales