

La presunción del daño causado por un ilícito antitrust según el Tribunal Federal Alemán (Bundesgerichtshof)

The presumption of the harm caused by anticompetitive conducts, jurisprudence of the German Federal Court (Bundesgerichtshof)

DRA. JULIA SUDEROW*

Universidad de Deusto

DR. CARSTEN KRÜGER**

Rechtsanwalt

Recibido: 31.01.2023 / Aceptado: 16.02.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7586

Resumen: De acuerdo con el Tribunal Supremo Alemán o BGH se puede presumir que el intercambio anticompetitivo de información genera un incremento de precios y por tanto un efecto perjudicial. En este artículo presentamos la evolución de la jurisprudencia a través de las sentencias relativas al cártel de la cerveza, al cártel de camiones y al de productos cosméticos. Se analizan tanto las conclusiones relativas al Derecho Administrativo alemán como las relativas al Derecho Civil de daños.

Palabras clave: Presunción del daño, Bundesgerichtshof, Tribunal Federal de Alemania, intercambio de información, camiones, cártel de la cerveza, Schlecker, Bundeskartellamt, Competencia, follow on.

Abstract: According to the German Supreme Court or BGH, it can be presumed that the anti-competitive exchange of information leads to a price increase and thus to a harmful effect. In this article we present the development of jurisprudence of the German Supreme Court through the rulings on the beer cartel, the truck cartel and the cosmetics cartel. The findings concerning German administrative law are analysed as well as those concerning civil tort law.

Keywords: Presumption of the harm, Bundesgerichtshof, German Federal Court, exchange of information, trucks, beer, Schlecker, Bundeskartellamt, Competition law, follow on.

Sumario: I.Introducción. II. El cártel de la cerveza. III. El cártel de los camiones IV. El cártel de los camiones II. V. Caso Schleker. VI.Conclusión.

* Julia Suderow, es profesora en la Universidad de Deusto, abogada y asesora a diversos grupos de perjudicados en diversos Estados miembros.

** Carsten Krüger es Rechtsanwalt y counsel en la empresa Cartel Damage Claims que actúa como demandante en diversos procedimientos en diversos Estados miembros.

Todas las opiniones son personales.

I. Introducción

1. La aplicación privada del Derecho de la Competencia en Alemania cuenta con una larga trayectoria. En origen, el Derecho de la Competencia se ha invocado como una defensa frente a prácticas abusivas y discriminatorias. Esta tendencia cambia drásticamente tras la sentencia Courage¹ y la posterior reforma de la Ley de Defensa de la Competencia o Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (“Ley contra las Restricciones de la Competencia” (en lo sucesivo, “LC”) en el año 2005. Desde entonces las sentencias relativas a las reclamaciones de daños y perjuicios por ilícitos antitrust han ido aumentando a gran velocidad. En estos momentos la mayoría de los tribunales regionales alemanes están tratando reclamaciones contra el conocido como cártel de los camiones. Además, ante determinados tribunales como Dortmund, Düsseldorf, Hannover, München o Stuttgart se han planteado reclamaciones contra el cartel de los fletes **aéreos**, el azúcar, productos cosméticos o raíles de ferrocarril. El Tribunal Federal Alemán se ha pronunciado también sobre distintas cuestiones derivadas de las reclamaciones contra el cártel del cemento, papel y loterías. Todo ello ha permitido la consolidación de su jurisprudencia que resuelve las principales cuestiones legales que se plantean en este tipo de litigios².

2. Así, la presunción fáctica de los efectos perjudiciales de las conductas anticompetitivas y en especial del intercambio de información ha sido reconocida reiteradamente por la jurisprudencia de la Sala de Competencia (Kartellsenat), en sentencias sobre las decisiones sancionadoras del Bundeskartellamt como sobre diversas acciones *follow on* derivadas de ilícitos antitrust. Según el Tribunal Supremo Alemán (*Bundesgerichtshof* - “BGH”), no cabe distinción entre el cártel de núcleo duro o *hard core cartel* (como es un acuerdo de reparto de mercados o de fijación de precios) y el cártel basado en el intercambio de información comercial confidencial o secreta entre competidores ya que ambos generan precios excesivos o efectos perjudiciales sobre los precios. En este sentido, el Tribunal Federal Alemán ha rechazado reiteradamente la opinión contraria de la primera y segunda instancia en diversas acciones *follow on*. A lo largo de este estudio, analizaremos sus principales conclusiones en los cuatro casos planteados en los años 2020, 2021 y 2022, Cerveza³, Camiones I⁴, Camiones II⁵ y Productos Cosméticos (Schlecker)⁶. En todos estos casos, el intercambio de información comercial ha supuesto la base de la conducta anticompetitiva. En su última sentencia, Schlecker, el Tribunal Federal Alemán ha confirmado la presunción fáctica sobre el efecto perjudicial del intercambio de información sobre los precios.

II. El cártel de la cerveza

3. En un procedimiento contencioso administrativo relativo a la sanción impuesta por la Autoridad Alemana de Defensa de la Competencia, el *Bundeskartellamt* al conocido como cártel de la cerveza, el Tribunal Federal Alemán evaluó si un intercambio de información sobre parámetros relevantes para la competencia con el objetivo de eliminar incertidumbres sobre el futuro comportamiento del competidor en el mercado suponía una “práctica concertada” en términos del artículo 101 TFUE/art 81(1) CE y del artículo 1 de la LC.

4. La conducta sancionada se basaba en los siguientes hechos e intercambios de información y opinión entre diversos fabricantes de cerveza:

¹ STJUE, 20 de septiembre de 2001, Courage, C-453/99.

² Véase al respecto: J. FRANCK, “Private enforcement of eu competition in law in Germany” en F. WOLLENSCHLÄGER, W. WURMNEST, T. MÖLLERS (eds.), *Private Enforcement of European Competition and State Aid Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan Rijn, 2020.

³ BGH, 13 de julio de 2020, Cerveza, KRB 99/1.9.

⁴ BGH, 23 de septiembre de 2020 – LKW I, KZR 35/19.

⁵ BGH, 13 de abril de 2021, LKW II, KZR 19/20.

⁶ BGH, 29 de noviembre de 2022, KZR 42/20.

Los participantes en las reuniones y discusiones compartieron su opinión sobre la necesidad económica de un aumento generalizado del precio de la cerveza. Para ello, intercambiaron detalles concretos, públicamente desconocidos, sobre la posición estratégica y la planificación industrial de las empresas cerveceras participantes en las reuniones. De esta forma se revelaron mutuamente “información sensible sobre sus intenciones empresariales”. Gracias a lo anterior, podían obtener “una imagen mucho más fiable” de la situación del mercado.

5. El BGH hace hincapié en un ejemplo concreto para confirmar sus conclusiones:

En una reunión, el directivo denominado *Business Unit President* de la empresa AB InBev anunció al resto de directivos asistentes a la reunión que AB InBev había decidido aumentar el precio de la marca *B* en 50 céntimos por caja de 20 botellas x 0,5 l y que aplicarían esta subida en poco tiempo. A continuación, los participantes discutieron un comportamiento común del mercado y debatieron si un aumento de precios de este tipo “en pequeños pasos” sería suficiente o si sería preferible una “gran solución”, que llevaría a un aumento del PVP en 1 euro por caja. Tras diversas discusiones, la mayoría concluyó que última opción era la más razonable.

Sobre esta base, el BGH considera que el intercambio de información eliminaba la competencia y anuló la sentencia del tribunal de segunda instancia, señalando que no había valorado la presunción fáctica de que una coordinación mediante el intercambio de información influye en el comportamiento en el mercado de las empresas implicadas.

En efecto, el BGH sostuvo, que la valoración de la prueba era incompleta puesto que no se refería al principio empírico o *Erfahrungssatz* sobre el efecto que el intercambio de información relevante con fines de coordinación genera sobre el comportamiento en el mercado de las empresas competidoras⁷.

6. A la hora de valorar los requisitos que deben cumplirse para probar la causalidad de un comportamiento concreto en el mercado, debe observarse como punto de partida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la presunción de la causalidad.

7. Según el TJUE, existe una presunción *iuris tantum* de que las empresas que participan en la coordinación y siguen operando en el mercado tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores a la hora de determinar su comportamiento en el mercado⁸. Es más, basta con que las empresas o *undertakings* hayan coordinado sus actividades a través de un contacto único⁹. Una vez probada la participación en una práctica concertada entre competidores, corresponde a las empresas interesadas demostrar que dicha práctica concertada no afectó a su comportamiento en el mercado¹⁰. El BGH nos recuerda que la presunción de causalidad no actúa como una mera norma procesal, cuya aplicación correspondería a los órganos jurisdiccionales nacionales en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, sino que es una parte integrante del Derecho de la Unión, respectivamente, situados en el artículo 81 CE, apartado 1, y en el artículo 101 TFUE, apartado 1¹¹.

41. Por lo que se refiere al Derecho civil nacional de defensa de la competencia, la Sala de Competencia (Kartellsenat), consciente de esta jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha resuelto que al aplicar la prohibición de los cárteles por el Derecho comunitario o de la Unión, y de conformidad con el artículo 1 LC, debe presumirse de hecho la existencia de un conducto de mercado de las empresas afectadas influidas por la coordinación¹².

⁷ BGH, 13.07.2020, Cerveza KRB 99/1.9, párrs. 38-43.

⁸ STJUE 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, Rec. 1999 I-4125, párrs. 121, 126; Húls/Comisión, C-199/92 P, [1999] REC I-4287, párr. 162.

⁹ STJUE 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands/Nma C-8/08, Rec. p. |-4529, párrs. 51 y ss.

¹⁰ STJUE 22 de junio de 1999, Húls/Comisión, Rec. p. 1-4287, párr. 167; T-Mobile Netherlands/NMa, Rec. p. 4529, párrs. 51 y ss. 167, Húls/Comisión; Rec. 2009, p. 4529, párr. 61; STJUE 5 de diciembre de 2013, Solvay/Comisión C-455/11 P, párr. 43.

¹¹ STJUE, 21 de enero de 2016, Eturas, C-74/14, párr. 33, y STJUE, 4 de junio 1999, T-Mobile Netherlands/NMa.2 REC I-4529, párr. 52.

¹² BGH 12 de julio de 2016, Lotería II, KZR 25/14, BGHZ 211, 146 párrs. 23 y ss; BGH 12 de abril de 2016, Lotería I, KZR 31/14, apdo. 44, BkartA, 14 de agosto de 2008, KVR 54/07, párr. 43.

42. (b) *Esta jurisprudencia sobre la relación (co)causal entre la coordinación mediante el intercambio de información y el comportamiento en el mercado tiene su fundamento fáctico en un principio empírico válido. Pues forma parte del conocimiento empírico económico que una empresa suele tener en cuenta el conocimiento de la conducta en el mercado prevista de un competidor a la hora de determinar su propia conducta en el mercado¹³. Esto coincide con la doctrina económica¹⁴. Si las empresas intercambian información relevante para la competencia con fines de coordinación, la experiencia demuestra que existe una alta probabilidad de que su comportamiento futuro en el mercado no permanezca inalterado. Esto se aplica en cualquier caso si- como en este caso - los competidores, después de haber discutido una línea de acción coordinada, adoptan un comportamiento similar en un futuro próximo.*

8. Continúa el BGH confirmando que la presunción y su efecto indiciario son compatibles con la presunción de inocencia. Los principios empíricos son conclusiones generales de base empírica. Pueden surgir de la experiencia de la vida cotidiana o basarse en conocimientos especializados, por ejemplo, mediante la observación y generalización de casos individuales o como resultado de investigaciones científicas.¹⁵ Para ello, el BGH distingue entre los principios generalmente válidos (establecidos) y principios empíricos simples:

59 (aa) *Los principios de experiencia generalmente válidos tienen como objeto, en concreto sobre la base de conocimientos científicos, las relaciones causa-efecto establecidas. Describen conclusiones obligatorias que el tribunal de primera instancia debe aceptar y que, por lo tanto, no le dejan margen para condenas divergentes¹⁶.*

60. (bb) *Los principios simples de la experiencia contienen enunciados de probabilidad que son significativos para la valoración de las pruebas y, por tanto, permiten excepciones. Tienen el valor probatorio -más o menos fuerte- de las pruebas circunstanciales. El alcance del efecto circunstancial depende del grado de probabilidad expresado por la regla de experiencia. Si el juez de primera instancia aplica tal principio de experiencia, está obligado a examinar sobre la base de otras pruebas circunstanciales si puede considerarse confirmado o invalidado en el caso concreto¹⁷.*

61. *Así pues, tanto en el Derecho Administrativo como en el Derecho penal, una simple regla de experiencia forma parte de las pruebas circunstanciales. El juez de instancia debe incluirla en la valoración global de la prueba indiciaria con el peso que se le atribuye en el caso concreto. En este contexto, su valor probatorio se determina en relación con los demás hechos accesorios concurrentes u opuestos. La medida en que, tras una valoración de las pruebas pertinentes, la prueba empírica puede contribuir a la formación de la sentencia por el juez de primera instancia no está sujeta a revisión por el tribunal de apelación.*

62. *En el Derecho civil, en principio, no se aplica otra cosa. Aquí, los principios de experiencia simples pueden ser la base de una presunción fáctica y, solo excepcionalmente en el caso de la tipicidad del curso de los acontecimientos, de una prueba prima facie¹⁸; esto se aplica en particular con respecto a la causalidad. Esta prueba circunstancial se diferencia de la prueba prima facie en que no presupone un factor de conexión claramente definido, sino que se basa en un conjunto abierto de hechos accesorios, en el que se inserta el principio de experiencia con su valor probatorio relativo en cada caso concreto.*

9. En este sentido, el BGH se remite a la jurisprudencia del TJUE sobre la causalidad entre el intercambio de información y la conducta en el mercado¹⁹ afirmando que siempre habría que presumir una conducta de mercado (parcialmente) causada por el intercambio de información si tras una investigación

¹³ BGH, 12 de abril de 2016 - KZR 31/14, párr. 51; K. KRAUSS en KAMANN/OHLHOFF/VÖLCKER, „Kartellverfahren und Kartellprozess“, 8 18 párr. 78.

¹⁴ D. HENGST en E. LANGEN, H. BUNTE, Kartellrecht, 13ª ed, 2020, Vol. 2, Art. 101 TFUE párr. 130, Frankfurt a. Main.

¹⁵ BGH, 11 de diciembre de 2018, Rails Cartel I - KZR 26/17, párr. 49.

¹⁶ BGH, 7 de junio de 1982 - 4 StR 60/82, BGHSt 31, 86, 89.

¹⁷ BGH, 9 de abril de 2015 - 4 StR 401/14, BGHSt 60, 227 párr. 10.

¹⁸ BGH, 11 de diciembre de 2018, Rails Cartel, I - KZR 26/17, párrs. 50, 55.

¹⁹ STJUE, 8 de julio de 1999, Húls/Comisión, C- 199/92 P, Rec. 1999, p. 4287, párr.168.

oficial no pudiera probarse lo contrario, es decir, si no pudiera establecerse el hecho negativo con el pleno convencimiento del juez de los hechos de que la conducta de mercado permaneció sin influencia.

Todo lo anterior le permite concluir que, si el juez de instancia no es capaz de convencerse de la conexión causal entre el intercambio de información y el comportamiento del mercado, la valoración de la prueba resultará en principio incompleta y, por tanto, jurídicamente errónea debido al efecto circunstancial -potencialmente fuerte- del (simple) principio de experiencia que habla a favor de la causalidad, si no se discute en la motivación de la sentencia.

II. Cártel de camiones I

10. El 23 de septiembre de 2020, el BGH se ha pronunciado por primera vez sobre el intercambio de información en el conocido cártel de camiones²⁰. Según el BGH, la infracción del artículo 101, apartado 1 TFUE consistió, en consonancia con la Decisión Sancionadora de la Comisión Europea y la gran mayoría de sentencias de España y otras jurisdicciones en:

“acuerdos colusorios sobre fijación de precios e incrementos de los precios brutos” para camiones medianos y pesados y en la coordinación de su comportamiento en el mercado en relación con el calendario y la repercusión de los costes de la introducción de tecnologías de emisión para dichos camiones con arreglo a las normas de emisión EURO 3 a EURO 6. El comportamiento colusorio incluía “acuerdos” y/o “prácticas concertadas” sobre la fijación de precios y el aumento de los precios de catálogo con el objetivo de alinear los precios brutos en el EEE, así como sobre el calendario y la repercusión de los costes de la introducción de las tecnologías de emisiones EURO 3 a EURO 6. Todos los participantes en el cartel intercambiaron listas de precios e información sobre precios brutos. Cada uno de los participantes, a excepción de DAF, tenía acceso al menos a un configurador informático de camiones de uno de los otros participantes.”

11. En principio, el BGH confirmó la presunción del perjuicio. Sin embargo, aunque se refirió a sus conclusiones sobre el cártel de la cerveza, el BGH no se pronunció expresamente sobre la presunción fáctica incluso en el caso de un mero intercambio de información sobre precios de catálogo actuales y futuros. Esto no era necesario, ya que de las conclusiones de la Comisión no puede deducirse que en el presente asunto sólo se produjera un intercambio de información de este tipo. En consecuencia, el BGH devolvió el asunto al Tribunal Superior Regional de Stuttgart para una nueva evaluación de los daños.

12. En cuanto a la presunción fáctica de perjuicio, el BGH sostuvo que el demandante podía basarse en una presunción fáctica que establece que, como consecuencia del cártel acordado, el nivel de precios de los camiones afectados era, por término medio, superior al que se habría formado sin el acuerdo restrictivo de la competencia. El Alto Tribunal se remite a anteriores sentencias para reiterar la presunción fáctica -en el sentido de un principio fáctico- a favor del cliente de una empresa que participa en un acuerdo de cártel de que los precios alcanzados en el marco del cártel son por término medio superiores a los que se habrían alcanzado sin el acuerdo restrictivo de la competencia²¹. La base de este principio es la experiencia económica de que la creación e implantación de un cártel conduce regularmente a ingresos adicionales para las empresas participantes. Los acuerdos de cártel liberan a las empresas participantes, al menos hasta cierto punto, de la necesidad de competir contra empresas rivales para obtener contratos, y las empresas que no tienen que hacer frente a la competencia, en particular a la competencia de precios, sobre la base de tales acuerdos, por lo general no verán ninguna razón para utilizar el margen existente para reducir sus precios²².

²⁰ BGH, 23 de septiembre de 2020, Trucks Cartel I, KZR 35/19, párr. 84.

²¹ BGH, 8 de enero de 1992, Ready-mix Concrete I, 2 StR 102/91, BGHSt 38, 186, 194; 28 de junio de 2005, KRB 2/05; 26 de febrero de 2013, Grey Cement Cartel, KRB 20/12, BGHSt 58, 158 párr. 76; 12 de junio de 2018, Cártel del Cemento Gris II, KZR 56/16, párr. 35.

²² J. COPPIK, U. HEIMESHOF, “Praxis der Kartellschadensermittlung: Empirische Evidenz zur Effektivität von Kartellen”, en *Wirtschaft und Wettbewerb*, 2020 p. 584.

Según el BGH, *incluso en el caso de un mero intercambio de información sobre los precios de catálogo actuales y futuros, existe una presunción fáctica no sólo de que las empresas participantes en la coordinación tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores a la hora de determinar su comportamiento en el mercado sino también que existe una alta probabilidad de que se produzca un efecto sobre los precios*²³.

III. Cártel de camiones II

13. El BGH ha confirmado sus conclusiones de la sentencia del año 2020 en diversas sentencias relativas al cártel de camiones, siendo la más importante la conocida como LKW Kartell II²⁴. Así, el Alto Tribunal revalida la aplicación correcta del Tribunal de Segunda Instancia, que había asumido una presunción fáctica a favor del cliente de una empresa participante en un acuerdo de cártel basada en la elevada probabilidad de que se produzca -en el sentido de un principio de experiencia- que los precios alcanzados en el marco del cártel sean por término medio superiores a los que se habrían alcanzado de no existir el acuerdo restrictivo.

14. Este principio se basa en la experiencia económica de que la creación e implantación de un cártel suele dar lugar a mayores beneficios para las empresas participantes. Gracias al cártel, las empresas neutralizan, al menos hasta cierto punto, la necesidad de competir con empresas rivales para obtener pedidos. Las empresas que no tienen que hacer frente a la competencia, en especial a la competencia de precios, como resultado de tales acuerdos, no verán normalmente ninguna razón para utilizar el margen existente para reducir sus precios. Es más, el BGH detalla que la acusación -aceptada por los cartelistas- era más bien “colusión” conforme a la versión inglesa de la Decisión. La calificación por parte de la demandada de la conducta constatada como un mero intercambio de información sin sincronización o coordinación alguna tampoco es compatible con la apreciación jurídica de la Comisión según la cual la conducta debe subsumirse en el concepto de acuerdos o en el de prácticas concertadas. La coordinación deliberada también se desprende de otras constataciones fácticas de la Comisión, según las cuales la comunicación siempre se centró en los precios brutos de catálogo y a lo largo del año se mantuvieron regularmente conversaciones detalladas por correo electrónico y por teléfono. De ello se deduce que las partes implicadas no sólo se informaron mutuamente con antelación o con posterioridad sobre sus descuentos individuales ya fijados, sino que habían acordado y sincronizado sistemáticamente entre sí con antelación sus futuras modificaciones previstas de los precios brutos de catálogo.

El BGH aprovecha para recordar que sus conclusiones coinciden con *la valoración jurídica de la conducta de la Demandada y sus Intervinientes, establecida con carácter vinculante en la Decisión de la Comisión de 19 de julio de 2016, adoptada por el Senado en otro litigio, de la que no hay razón para apartarse. Según esto, los acuerdos alcanzados entre la Demandada y los Intervinientes difieren fundamentalmente de un mero intercambio de información y representan más bien una coordinación de los precios de lista futuros y su incremento mediante acuerdos y prácticas concertadas*²⁵.

IV. Caso Schlecker

15. La reciente sentencia de 29 de noviembre de 2022, conocida como Schlecker, se refiere a una acción por daños y perjuicios planteada por el administrador concursal de la cadena de droguerías Schlecker contra los miembros del cártel alemán de productos de droguería²⁶. En este cártel participaron un total de 15 fabricantes de productos de droguería de marca, entre ellos Colgate-Palmolive, Beiersdorf, Johnson

²³ BGH, 23 de septiembre de 2020, Trucks Cartel I, KZR 35/19, BGHZ 227, 84, párr. 44.

²⁴ BGH, 13 de abril de 2021, Trucks Cartel II, KZR 19/20.

²⁵ BGH, 13 de abril de 2021, Trucks Cartel II, KZR 19/20, párr. 29.

²⁶ BGH, 29 de noviembre de 2022, Schlecker KZR 42/20.

& Johnson, L'Oréal, Procter & Gamble, Sara Lee, Gillette y Reckitt Benckiser. Entre los años 2004 y 2006, estas empresas intercambiaron regularmente información sobre los aumentos de precios brutos y el estado de las negociaciones con clientes minoristas comunes en el marco del "Grupo de trabajo sobre productos de higiene corporal, detergentes y productos de limpieza" de la Asociación Alemana de Marcas (Markenverband). En el año 2013, el Bundeskartellamt impuso a los fabricantes, y a la Asociación de Marcas, multas por un total de 63 millones de euros por su intercambio de información con efectos anticompetitivos²⁷.

16. Años después, el administrador concursal de Schlecker inició una acción *follow on* en la que afirmaba, dependiendo del grupo de productos afectado, que los precios netos pagados por Schlecker aumentaron entre un 4,13% y un 18,38% como consecuencia del cártel. Según el demandante estos sobrepagos generaron un perjuicio total de 212,2 millones de euros más intereses. Una vez más, la presunción fáctica sobre el efecto del intercambio de información fue tratada en la casación. Como en anteriores ocasiones, los tribunales de primera y segunda instancia de Frankfurt negaron tal presunción fáctica, argumentando que no había suficiente probabilidad de daño en el caso en cuestión. Las sentencias revocadas consideraban que la información intercambiada era muy agregada y se refería a una amplia gama de productos por lo que no podía generar un efecto en el mercado. Según el Tribunal de Apelación de Frankfurt, la ambigüedad de la información intercambiada no permitía afirmar que la práctica tuviera un efecto negativo sobre la competencia de precios.

17. El BGH ha rechazado estos argumentos, sosteniendo que *un intercambio entre competidores de información secreta sobre el comportamiento actual o previsto en materia de fijación de precios [...] da lugar al principio empírico [...] de que los precios subsiguientes son por término medio superiores a los que se habrían formado de no existir la restricción de la competencia.*

El BGH basó sus conclusiones, en particular, en las conclusiones del Bundeskartellamt que, con arreglo al Derecho alemán y de la Unión Europea, son vinculantes en los procedimientos civiles. Según la decisión sancionadora del Bundeskartellamt, el intercambio de información se refería a los aumentos de precios brutos previstos entre los clientes y la aplicación de los aumentos de precios brutos anunciados. En consonancia con la jurisprudencia del TJUE en los asuntos Anic Partecipazioni y T-Mobile Netherlands, el BGH concluyó que, dado que se presume que las empresas que participan en una coordinación anticompetitiva tienen en cuenta la información intercambiada con sus competidores a la hora de determinar su conducta en el mercado, también es muy probable que se produzca una influencia en los mecanismos del mercado en el caso de un mero intercambio de información.

18. En el caso de revelación de información secreta, también es muy probable que el comportamiento en el mercado de los participantes en el cártel, no se corresponda con el comportamiento hipotético en el mercado que se habría producido en ausencia de la restricción de la competencia. Si dicha información secreta se refiere al comportamiento actual o previsto de fijación de precios, también existirá una alta probabilidad de que los competidores implicados alcancen un nivel de precios común más elevado como resultado de este comportamiento.

El principio de experiencia también se aplica al cártel de droguerías en la medida en que el intercambio de información se refería a los aumentos de precios de catálogo y a las negociaciones sobre descuentos y condiciones especiales exigidas por Schlecker a los cartelistas. Aunque el Tribunal de Apelación había asumido el principio de experiencia, le atribuyó erróneamente un peso jurídico demasiado bajo. De esta forma, el BGH confirma nuevamente el alcance de la presunción sobre el efecto anticompetitivo del intercambio de información y desarrolla el tenor de la jurisprudencia Camiones II:

Ein kartellrechtswidriger Austausch zwischen Wettbewerbern über geheime Informationen, die das aktuelle oder geplante Preissetzungsverhalten gegenüber einem gemeinsamen Abnehmer zum Gegenstand haben, begründet zugunsten dieses Abnehmers den Erfahrungssatz, dass die danach erzielten Preise im Schnitt über denjenigen liegen, die sich ohne die Wettbewerbsbeschränkung gebildet hätten.

²⁷ Bundeskartellamt, 18 de marzo de 2013, B11-17-06. Nota de prensa disponible en Bundeskartellamt - Homepage - Multi-million fines imposed on manufacturers of drugstore products on account of anti-competitive information exchange.

Un intercambio prohibido por el derecho de la competencia que tiene lugar entre competidores, en el que se trate informaciones secretas, que tengan por objeto la fijación de precios actual o futura, constituye a favor del comprador, el principio empírico según el que los precios obtenidos serán de media superiores a los que se hubiesen formado sin la restricción anticompetitiva²⁸.

VI. Conclusión

19. Observamos una línea coherente en la jurisprudencia del BGH que confirma la presunción fáctica sobre los efectos anticompetitivos y perjudiciales de un intercambio de información entre competidores. El Tribunal Supremo de Alemania busca orientar sobre cuestiones fundamentales de fondo, teniendo en cuenta la jurisprudencia y la legislación a nivel nacional y de la Unión Europea, garantizando que la jurisprudencia alemana esté en consonancia con el Derecho de la Unión Europea. Sus conclusiones son perfectamente trasladables a otras jurisdicciones en la medida en que interpretan el derecho alemán a la luz del Derecho de la Unión Europea. Para ello, apuntalan sus conclusiones con (i) una detallada interpretación de las decisiones sancionadoras tanto de la Comisión Europea como del Bundeskartellamt que incluye los actos propios de las empresas que hayan participado en el cártel correspondiente y con (ii) el análisis de la doctrina económica y jurídica. En cada caso, el BGH analiza la aplicación del principio de la experiencia o *Erfahrungssatz* junto con el resto de las circunstancias de cada cártel. Es más, dedica dos sentencias al intercambio de información del cártel de camiones y aprovecha para reiterar sus conclusiones en la sentencia Schlecker. De esta forma elimina las dudas existentes en el ámbito civil sobre el efecto perjudicial del intercambio anticompetitivo de información.

²⁸ BGH, 29 de noviembre de 2022, Schlecker KZR 42/20, tenor.