

EL EFECTO VINCULANTE DE LAS RESOLUCIONES  
DE LAS AUTORIDADES NACIONALES DE COMPETENCIA EN  
LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO ANTITRUST  
THE BINDING EFFECT OF THE DECISIONS OF NATIONAL  
COMPETITION AUTHORITIES IN PRIVATE ANTITRUST  
ENFORCEMENT

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA

*Catedrático de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

JULIA SUDEROW

*Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid  
Abogado*

Recibido: 20.04.2015 / Aceptado: 09.06.2015

**Resumen:** Debido a su carácter administrativo, las decisiones sancionadoras de las Autoridades Nacionales de la Competencia no gozan del mismo reconocimiento ni en su propia jurisdicción ni en otros Estados miembros de la Unión Europea que las sentencias de la jurisdicción ordinaria. Por ello, la decisión sancionadora puede perder su eficacia más allá de su ámbito material y territorial, erosionando la eficacia de la aplicación pública y privada del Derecho antitrust. El presente ensayo analiza la vinculación de la jurisdicción civil a las decisiones sancionadoras de las Autoridades Nacionales de Competencia en el marco de las acciones de daños derivadas del incumplimiento de la normativa antitrust. En particular, trataremos el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE relativa a las acciones de daños por infracciones del Derecho antitrust europeo o nacional. Este estudio analiza el origen de esta norma, la sentencia *Masterfoods* y el art. 16 del Reglamento 1/2003, además de comparar las soluciones implementadas en los distintos Estados miembros de la Unión Europea.

**Palabras clave:** *Prima facie evidence rule*, efecto de constancia, *Feststellungswirkung*, *Public Enforcement*, *Private Enforcement*, *Bindungswirkung*, aplicación pública del Derecho antitrust, aplicación privada del Derecho antitrust, efecto vinculante, prueba de la infracción de las normas antitrust, *Masterfoods*, *offensive collateral estoppel*, constatación de la infracción, principio de prueba, *Anscheinsbeweis*, efecto de las resoluciones, Autoridad Nacional de la Competencia, acciones *follow-on*, daños.

**Abstract:** The sanctioning decisions of the National Competition Authorities due to their administrative nature do not have the same recognition in other Member states as a sentence of the civil courts. Therefore they may lose their efficiency beyond their territorial scope limiting the necessary effectiveness of Public Antitrust Enforcement. The present work analyses the connexion of the civil courts to the administrative decisions of the National Competition Authorities in the framework of private antitrust damage actions. In particular we will analyse art. 9 of the Directive 2014/104/EU about damage actions for the infringement of National or European Antitrust Laws. This essay goes through

---

\* Deseamos expresar nuestro agradecimiento al prof.Dr. RICARDO ALONSO SOTO y a la prof.Dr<sup>a</sup> JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO por sus útiles comentarios a una versión anterior de este artículo; aunque, por supuesto, la responsabilidad por todos los errores y omisiones sea sólo nuestra.

the origin of the rule, Masterfoods and art. 16 of Regulation 1/2003 and compares the solutions that EU States members apply in their jurisdictions.

**Keywords:** *Prima facie evidence rule*, declaration effect, *Feststellungswirkung*, Public Enforcement of Antitrust Law, Private Enforcement of Antitrust Law, binding effect, evidence of the infringement of Antitrust rules, *Masterfoods*, *offensive collateral estoppel*, proof of the infringement, *Anscheinsbeweis*, National Competition Authority, follow-on actions, antitrust damage actions.

**Sumario:** I. Planteamiento. II. Contexto: Del *Public Enforcement* al *Private Enforcement*. III. Origen del artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE. 1. En el Derecho antitrust estadounidense. 2. En el Derecho antitrust europeo. A) El caso Masterfoods. B) El art. 16 R. 1/2003. a) El conflicto entre una decisión judicial nacional y una *decisión previa o futura de la Comisión* (art. 16.1 R. 1/2003). b) El conflicto entre una *decisión administrativa nacional* y una *decisión previa de la Comisión* (art. 16.2 R. 1/2003). IV. Análisis del artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE. 1. Resoluciones de la ANC del Estado miembro. A) El alcance de la vinculación. B) La existencia de dolo o culpa. 2. Resoluciones de las ANC de otros Estados miembros. 3. El nexo causal entre comportamiento y daño. 4. La existencia del daño. 5. Cuestiones procedimentales. V. Panorama de Derecho comparado. 1. Alemania. 2. Reino Unido. 3. Austria. 4. Francia. 5. Italia. 6. España. VI. Conclusión.

## I. Planteamiento

1. El reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil constituye un elemento esencial y plenamente establecido del ordenamiento jurídico de la Unión Europea (UE, en adelante). Por el contrario, el Derecho administrativo se caracteriza por un alcance estrictamente territorial de las decisiones administrativas. Aunque existan numerosos tratados bilaterales para el reconocimiento de determinados actos administrativos de naturaleza declarativa como, *ad ex.*, diplomas o licencias, no existe en el Derecho Internacional una obligación generalizada que implique reconocer los actos administrativos de otros Estados<sup>1</sup>. Por tanto, las decisiones de las Autoridades Nacionales de Competencia (en adelante, ANC) de otros Estados miembros de la UE en las que se establezca que una empresa ha infringido las normas antitrust nacionales o, incluso, las europeas no gozan del mismo reconocimiento que una decisión en el orden civil e igual no son reconocidas por los tribunales civiles o por la ANC de otros Estados. De ahí que, aunque el mercado afectado sobrepase las fronteras del Estado miembro que adopte la decisión y aunque los efectos de la infracción sancionados se localicen en otros Estados miembros, la decisión sancionadora puede perder su eficacia más allá de su ámbito territorial, dificultando la aplicación del Derecho antitrust. En el marco del Derecho antitrust europeo y su aplicación por los órganos de la jurisdicción ordinaria se plantean *cuatro posibles escenarios*: 1º) Validez de la decisión sancionadora de una ANC ante otra ANC de otro Estado miembro; 2º) Reconocimiento de una sentencia civil de un Estado miembro por un tribunal de otro Estado miembro; 3º) Reconocimiento de la decisión sancionadora de una ANC en su jurisdicción civil y 4º) Reconocimiento de la decisión sancionadora de una ANC en la jurisdicción civil de otro Estado miembro.

<sup>1</sup> Vid. J. BASEDOW, "Recognition of Foreign Decisions within the European Competition Network", en J. BASEDOW/S. FRANQC/L. IDOT, *International Antitrust Litigation: Conflicts of Law and Coordination*, Oxford, Hart Publishing, 2012, pp. 393-402; C.-M. HAPPE, *Die grenzüberschreitende Wirkung von nationalen Verwaltungsakten: Zugl. ein Beitr. zur Anerkennungsproblematik nach der Cassis de Dijon-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes*, Frankfurt am Main, Bern, Lang, 1987; K. KÖNIG, *Die Anerkennung ausländischer Verwaltungsakte*, Köln, Berlin, Bonn, München, Heymann, 1965, pp. 19 y ss., 24, 27, 30, 53-54 y 70-71; C.E. LINKE, *Europäisches Internationales Verwaltungsrecht*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, Wien, Lang, 2001, pp. 23 y ss., 28-31, 94 y ss., 171-172 y 177-178; W. MENG, "Recognition of Foreign Legislative and Administrative Acts", en R. BERNHARDT, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, North Holland, Amsterdam, 2002, pp. 50-52; S. MICHAELS, *Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht der Europäischen Gemeinschaft und der Bundesrepublik Deutschland: Zwecke des Internationalen Verwaltungsrechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 2004, pp. 30-51, 55, 62, 65-66, 70-71, 82, 157-158, 206-207, 211-212 y 215; K. VOGEL, *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm: Eine Untersuchung über die Grundfragen des sog. internationalen Verwaltungs- und Steuerrechts*, Frankfurt am Main, Berlin, Metzner, 1965, pp. 102, 126 y 428-429.

El presente ensayo tratará el tercero y el cuarto de estos supuestos y analizará, en particular, el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de noviembre de 2014 relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (DOUE L 349 de 5 diciembre 2014), que regula precisamente este supuesto y su incorporación al Derecho de los Estados miembros de la UE<sup>2</sup>.

**2. Así el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE dispone lo siguiente: “Efecto de las resoluciones nacionales. 1. Los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción**

<sup>2</sup> Para una visión de conjunto de los principales problemas de esta Directiva, *vid., ad ex.*, F. BÖNI, “Europäische Richtlinie zur privaten Kartellrechtsdurchsetzung: Maß aller Dinge für Privatgeschädigte?”, *EWS*, 25, 6, 2014, pp. 324-331; M.-M. BUES/A. FRITZSCHE, “EU erlässt Kartellschadensersatzrichtlinie: kommt jetzt die Klageflut?”, *DB*, 67, 50, 2014, pp. 2881-2882; D. CALISTI/L. HAASBEEK/F. KUBIK, “The Directive on antitrust damages actions: towards a stronger competition culture in Europe, founded on the combined power of public and private enforcement of the EU competition rules”, *NZKart*, 2, 12, 2014, pp. 466-473; S. CAMPBELL/T. FEUNTEUN, “Designing a balanced system: damages, deterrence, leniency and litigants’ rights: a claimant’s perspective”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 27-39; 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; P. ECKEL, “Kollektiver Rechtsschutz gegen kartellrechtliche Streuschäden: das Vereinigte Königreich als Vorbild?”, *WuW*, 65, 1, 2015, pp. 4-14; 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; I.S. FORRESTER/M.D. POWELL, “Market forces and private enforcement: a start but some way still to go”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 295-313; A. HEINEMANN, “Die EU-Richtlinie zum kartellrechtlichen Schadenersatz”, *EuZ*, 17, 2, 2015, pp. 26-35; J. KAMMIN, *Reforming private antitrust enforcement in Europe: between harmonisation and regulatory competition*, Berlin, Duncker & Humblot, 2014; C. KERSTING, “Die neue Richtlinie zur privaten Rechtsdurchsetzung im Kartellrecht”, *WuW*, 64, 6, 2014, pp. 564-574; H. KOCH, “Effektive Durchsetzung europäischen Kartellrechts durch privaten Rechtsschutz”, en *Festschrift zu Ehren von Christian Kirchner: Recht im ökonomischen Kontext*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 511-524; C. KRÜGER, “Vergleiche zwischen Opfern und Tätern von Kartelldelikten gemäß dem Richtlinienvorschlag der Kommission: Segen oder Fluch?”, en *Private Enforcement: Brennpunkte kartellprivatrechtlicher Schadenersatzklagen: Workshop des EBS Law School Research Center for Transnational Commercial Law*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 103-110; 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; F. LOUIS, “Promoting private antitrust enforcement: remember Article 102”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 85-93; T. MAKATSCH/A.S. MIR, “Die neue EU-Richtlinie zu Kartellschadensersatzklagen: Angst vor der eigenen ‘Courage’?”, *EuZW*, 26, 1, 2015, pp. 7-13; T.M.J. MÖLLERS, “Private enforcement of competition law in Europe: the directive proposal for damages for infringements of competition law provisions”, *Europa e diritto privato*, 3, 2014, pp. 821-846; 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, “Daños derivados de la subida de precios bajo el paraguas de un cartel (*umbrella pricing*): una lectura jurídica del Derecho de la competencia”, *La Ley Mercantil*, n° 7, octubre 2014, pp. 80-101; Id., “La reclamación de daños sufridos por los consumidores como consecuencia de un cartel (*private enforcement*): follow-on damages vs. stand alone actions”, en L.M. MIRANDA SERRANO (DIR.), *La protección de los consumidores en tiempos de cambio. Ponencias y Comunicaciones del XIII Congreso de la Asociación Sainz de Andino*, Madrid, Iustel, 2015, pp. 171-187; T.R. OTTERVANGER, “Designing a balanced system: damages, deterrence, leniency and litigants’ rights”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 17-25; 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., “Schadensersatzansprüche aufgrund von ‘Preisschirmeffekten’ bei Kartellverstößen”, *WuW*, 65, 1, 2015, pp. 14-26; S. PIETRINI, “The future of collective damages actions in Europe”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 257-268; L.D. DA SILVA MORAIS, “Integrating public and private enforcement of competition law in Europe: legal issues”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 109-140; M. SIRAGUSA, “Options for collective redress in the EU”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 235-255; M. STÖBER, “Schadensersatzhaftung für Preisschirmeffekte bei Verstößen gegen deutsches oder europäisches Kartellrecht”, *EuZW*, 25, 7, 2014, pp. 257-261; E. UMMENBERGER-ZIERLER, “EU-Richtlinie über Schadensersatz bei Wettbewerbsrechtsverstößen: Harmonisierung mit Folgen?”, *ÖBl*, 63, 6, 2014, pp. 254-261.

del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los artículos 101 o 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia.

2. Los Estados miembros garantizarán que toda resolución firme contemplada en el apartado 1 y dictada en otro Estado miembro pueda ser presentada, con arreglo al Derecho nacional, ante sus órganos jurisdiccionales nacionales al menos como principio de prueba de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia y, en su caso, que dicha resolución pueda valorarse junto con otras pruebas presentadas por las partes.

3. El presente artículo se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones de los órganos jurisdiccionales nacionales en virtud del artículo 267 del TFUE”.

3. El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE regula, en esencia, lo que la doctrina alemana denomina el *efecto vinculante de las decisiones de las autoridades de competencia y de las judiciales* (*Bindungswirkung kartellbehördlicher und gerichtlicher Entscheidungen*) (como, *ad ex.*, las decisiones judiciales de un tribunal administrativo que confirman una resolución de una ANC) o, simplemente, el *efecto de constancia o declaración* (*Feststellungswirkung*)<sup>3</sup>. Para ello, el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE, establece una *regla general* para las resoluciones administrativas y decisiones judiciales nacionales (art. 9.1), que complementan *dos reglas particulares*: la que extiende y matiza la solución general, cuando se trata de resoluciones administrativas o judiciales de otros Estados de la UE (art. 9.2), y la que manifiesta que todo ello ha de entenderse sin perjuicio de la posible u obligada, según los casos, interposición de una cuestión prejudicial europea (art. 9.3).

4. Para aclarar el exacto sentido y alcance del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE, conviene situarlo en el contexto de la aplicación privada del Derecho de la competencia o *private enforcement*. Después veremos su origen, los principales problemas que suscitan sus dos primeros apartados y como han procedido hasta ahora algunos Estados miembros de la UE en esta cuestión, especialmente España. Por último, presentaremos nuestras conclusiones, analizando la forma de incorporar la norma a nuestro Derecho nacional.

## II. Contexto: Del *Public Enforcement* al *Private Enforcement*

5. El Derecho europeo de la competencia protege al mercado, a los competidores y, también, a los consumidores frente a las violaciones de las normas europeas de libre competencia que puedan realizar las empresas (sobre todo, los arts. 101 y 102 TFUE)<sup>4</sup>. Con esta finalidad, instituye *dos procedi-*

<sup>3</sup> *Vid.*, *ad ex.*, estas expresiones respectivamente en E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 3ª ed., München, C.H.Beck, 2014, p. 595; V. EMMERICH, “§ 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht”, en IMMENGA/MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, vol. 2 (*GWB/Teil 1: Kommentar zum Deutschen Kartellrecht: §§ 1-96, 130-131*), 5ª ed., München, C.H.Beck, 2014, pp. 1053-1097, en especial p. 1085. En cuanto a la noción de *Bindungswirkung*, que ha sido extrapolada del Derecho administrativo al Derecho antitrust europeo, *vid.*, *ad ex.*, S. BECKER, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten im Schnittpunkt von Handlungsformenlehre und materiellem öffentlichen Recht: Dargestellt am Beispiel des gestuften Verfahrens im Atom- und Immissionsschutzrecht*, Berlin, Nomos, 1997; J. IPSEN, “Verbindlichkeit, Bestandskraft und Bindungswirkung von Verwaltungsakten”, *Die Verwaltung*, 1984, pp. 169-195; D. JESCH, *Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte*, Erlangen, Palm & Enke, 1956; F. NICKLISCH, *Die Bindung der Gerichte an gestaltende Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte*, Bielefeld, Ernst und Werner Giesecking, 1965; M. RANDAK, “Bindungswirkungen von Verwaltungsakten”, *JuS*, 1992, pp. 33-39.

<sup>4</sup> *Vid.* T. ACKERMANN, “Excessive pricing and the goals of competition law”, en *The goals of competition law: the fifth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law (5th, 2010, Bonn)*, Cheltenham, 2012, pp. 349-370; M. BENNETT/A.J. PADILLA, “Article 81 EC revisited: deciphering European Commission antitrust goals and rules”, en X. VIVES (Ed.), *Competition policy in the EU: fifty years on from the Treaty of Rome*, Oxford, 2009, pp. 43-70; D.J. GERBER, “The goals of European competition law: some distortions in the literature: comment of Parret”, en *The goals of competition law: the fifth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law (5th, 2010, Bonn)*, Cheltenham, 2012, pp. 85-94; F. KIERAN, “A separation of powers approach to non-efficiency goals in EU competition law”, *European Public Law*, 19, 1, 2013, pp. 189-208; I. LIANOS, “Some reflections on the question of the goals of EU competition law”, en I. LIANOS/D. GERADIN (Eds.), *Handbook of European competition law: substantive aspects*, Cheltenham, 2013, pp. 1-84; P. MANZINI, “The goals of EU competition law”, en

*mientos y dos conjuntos normativos diversos*; puesto que, aunque el incumplimiento de las normas de competencia perturba el *orden público económico* y reclama la intervención de las autoridades públicas, en ocasiones, la infracción de tales normas causa también un perjuicio a los *intereses de los particulares*<sup>5</sup>. Por un lado, la Comisión o, en su lugar, una ANC de un Estado miembro de la UE puede iniciar un procedimiento sancionador contra el *hecho anticompetitivo*. Es un procedimiento de carácter público, naturaleza administrativa y finalidad sancionadora, con el que se tutela un interés general. Constituye la denominada *aplicación pública (public enforcement)* del Derecho de la competencia. Por otro lado, la empresa perjudicada (que, por ejemplo, no ha podido entrar en un mercado o ha tenido que abandonarlo a causa de una entente o un abuso de posición dominante) o el consumidor perjudicado (que, por ejemplo, ha tenido que pagar el sobrepago de un medicamento que, sin la colusión o el abuso de posición dominante hubiera costado menos) pueden pretender que se les compense por el *daño* que les ha causado el hecho anticompetitivo. Para ello, tendrán que recurrir a los tribunales de justicia ordinarios, solicitando una indemnización. Se desarrollará entonces un proceso de naturaleza civil y finalidad reparadora, con el que se tutela un interés privado. Constituye la denominada *aplicación privada (private enforcement)* del Derecho de la competencia<sup>6</sup>. En ella, el juez civil no aplica, *stricto sensu*, los arts. 101

---

B. CORTESE (Ed.), *EU competition law: between public and private enforcement*, Alphen aan den Rijn, 2014, pp. 21-33; A. MAZIARZ, “Do non-economic goals count in interpreting Article 101 (3) TFEU?”, *ECJ*, 10, 2, 2014, pp. 341-359; N. MISITA, “EC competition law and consumers: are they getting ‘a fair share of benefits’?”, en *Essays on tort, insurance, law and society in honour of Bill W. Dufwa*, vol. II, 2006, pp. 779-807; R. MOISEJEVAS/A. NOVOSAD, “Some thoughts concerning the main goals of competition law”, *Jurisprudencija*, 20, 2, 2013, pp. 627-642; M. NEGRINOTTI, “The single market imperative and consumer welfare: irreconcilable goals? Exploring the tensions amongst the objectives of European competition law through the lens of parallel trade in pharmaceuticals”, en *The goals of competition law: the fifth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law (5th, 2010, Bonn)*, Cheltenham, 2012, pp. 295-337; L.Y.J.M. PARRET, “The multiple personalities of EU competition law: time for a comprehensive debate on its objectives”, en *The goals of competition law: the fifth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law (5th, 2010, Bonn)*, Cheltenham, 2012, pp. 61-84; I. PELIKÁNOVA, “The role of competition law in the evolution of Community law”, en H. KANNINEN/N. KORJUS/A. ROSAS (Eds.), *EU competition law in context: essays in honour of Virpi Tiili*, Oxford, 2009, pp. 27-37; H. SCHWEITZER, “Efficiency, political freedom and the freedom to compete: comment on Maier-Rigaud”, en *The goals of competition law: the fifth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law (5th, 2010, Bonn)*, Cheltenham, 2012, pp. 169-181; C. SEMMELMANN, *Social policy goals in the interpretation of Article 81 EC*, Baden-Baden, 2008; L. TICHÝ, “Goals of Union competition law on regulated markets: pharmaceutical industry and parallel trade: comment on Negrinotti”, en *The goals of competition law: the fifth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law (5th, 2010, Bonn)*, Cheltenham, 2012, pp. 338-348; C. TOWNLEY, “Is anything more important than consumer welfare (in Article 81 EC)? Reflections of a Community lawyer”, *CYELS*, 10, 2007-2008, pp. 345-381; Id., “Which goals count in Article 101 TFEU? Public policy and its discontents”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 32, 9, 2011, pp. 441-448; R. WHISH, “National competition law goals and the Commission’s guidance on Article 82 EC: the UK experience”, en L.F. PACE (Ed.), *European competition law: the impact of the Commission’s guidance on Article 102*, Cheltenham, 2011, pp. 152-177; A.C. WITT, “Public policy goals under EU competition law: how is the time to set the house in order”, *ECJ*, 8, 3, 2012, pp. 443-471; H. WOLLMANN, “Zum Schutzzweck des europäischen Wettbewerbsrechts”, *Ecolex*, 23, 7, 2012, p. 564; D. ZIMMER, “The basic goal of competition law : to protect the opposite side of the market”, en *The goals of competition law: the fifth ASCOLA Workshop on Comparative Competition Law (5th, 2010, Bonn)*, Cheltenham, 2012, pp. 486-501.

<sup>5</sup> Vid. C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence: Ententes et abus de position dominante*, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2013, p. 1422.

<sup>6</sup> Para una exposición de esta disyuntiva procedimental, *vid., ad ex.*, J. BURRICHTER/E. AHLENSTIEL, “Integrating public and private enforcement in Europe legal and jurisdiction issues: the German perspective”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 95-107; H. BUTZ, “Integrating public and private enforcement in Europe: issues for courts”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 327-334; A.I. GAVIL, “Designing private rights of action for competition policy systems: the role of interdependence and the advantages of a sequential approach”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 3-15; B. HESS, “Die Regulierung der privaten Rechtsdurchsetzung auf europäischer Ebene”, en *Private Enforcement: Brennpunkte kartellprivatrechtlicher Schadensersatzklagen: Workshop des EBS Law School Research Center for Transnational Commercial Law*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 33-47; A.P. KOMNINOS, “The relationship between public and private enforcement: quod Dei Deo, quod Caesaris Caesari”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 141-157; B. LASSERRE, “Integrating public and private enforcement of competition law: implications for courts and agencies”, en P. LOWE/M. MARQUIS (Eds.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, 2014, pp. 315-325; M. NIETSCH, “Schadensersatzklagen im Gesamtsystem des Kartellrechts: Überlegungen zum Verhältnis von privater und hoheitlicher Rechtsdurchsetzung am Beispiel des Wettbewerbsrechts”, en *Private Enforcement: Brennpunkte kartellprivatrechtlicher Schadensersatzklagen: Workshop des EBS Law School Research Center for Transnational Commer-*

y 102 TFUE, sino que los toma en consideración –es decir, verifica que se den sus supuestos de hecho (una entente o un abuso de posición dominante [arts. 101 o 102 TFUE])–; pero la consecuencia jurídica que se deriva no es la prevista en estas normas, sino en las disposiciones del Derecho interno del Estado cuyos tribunales son competentes o del Derecho interno al que remite el sistema de Derecho internacional privado del foro. Dicho con otros términos, el Juez ordinario sí puede aplicar los arts. 101 y 102 TFUE y declarar que hay una colusión o abuso en las acciones *stand alone*; pero no para imponer una multa (de naturaleza administrativa), sino para otorgar una indemnización que repare el daño causado a las víctimas de la entente o del abuso de posición dominante. También puede declarar, por supuesto, un contrato nulo conforme al art. 101.2 TFUE<sup>7</sup>.

6. Sería erróneo, sin embargo, identificar tan sólo la interposición de una acción civil por daños con la aplicación privada del Derecho de la competencia. En ésta, caben, entre otros, *dos tipos de contenciosos*: el *contractual* –cuando, apoyándose en la violación de las normas del Derecho de la competencia, una parte solicita del juez la anulación de un contrato o se opone a una demanda de ejecución, invocando su nulidad– y el *extracontractual* –cuando, *ad ex.*, una empresa competidora o un consumidor alegan la infracción de las normas del Derecho de la competencia para solicitar del juez civil una indemnización por los daños que ha ocasionado el establecimiento de una barrera de entrada al mercado, la imposición de un precio excesivo o la disminución de la calidad de los productos–<sup>8</sup>. Estos últimos litigios son especialmente complejos. A ellos y sólo a ellos, se orienta la Directiva 2014/104/UE.

7. El *primer obstáculo* que debe superar una empresa o persona que inicie una acción por daños y perjuicios es la *prueba de la infracción de las normas antitrust* europeas o nacionales: “[...] constituye el punto crucial a los fines de la efectiva realización de una tutela de estilo privatista en el sector *antitrust* [...]”<sup>9</sup>. En la práctica este requisito puede ser de muy difícil cumplimiento; ya que el demandante necesitará mucha información que no obra en su poder –como, *ad ex.*, datos sobre el mercado para acreditar el

---

*cial Law Private Enforcement*, Baden-Baden, Nomos, 2014, pp. 9-31; I.S. ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada del Derecho de la competencia: Los efectos civiles derivados de la infracción de las normas de libre competencia*, Madrid, La Ley, grupo Wolters Kluwer, 2011, pp. 38-64; J. RATLIFF, “Integrating public and private enforcement of competition law: implications for courts and agencies”, en P. LOWE/M. MARQUIS (EDS.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, 2014, pp. 271-293; J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Patentes farmacéuticas y aplicación privada del Derecho de la competencia”, *CDT*, 7, 1, Marzo 2015, pp. 186-225.

<sup>7</sup> Sobre la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE por los jueces españoles, *vid.* I.S. ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada...*, pp. 91-100.

<sup>8</sup> *Vid.* M.P. BELLO, “Una explicación sobre la posibilidad de alegar responsabilidad contractual en acciones de daños derivados de infracciones de la LDC: A Propósito del caso ‘Acor’”, en *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Madrid, Marcial Pons, 2000, pp. 265-270; G. COLANGELO, “La nullità come rimedio antitrust: effetti e problemi”, *Rivista critica del diritto privato*, XXV, 3, 2007, pp. 503-516; H.-W. DAIG, “Zur Anwendung der Nichtigkeitklausel des EWG-Kartellrechts durch den innerstaatlichen Richter”, *RabelsZ*, 35, 1971, pp. 1-54; T. EILMANSBERGER, “Zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und ihren Konsequenzen (1. Teil)”, *JBl*, 131, 6, 2009, pp. 337-350; *Id.*, “Zur Nichtigkeit kartellrechtswidriger Vereinbarungen und ihren Konsequenzen (2. Teil)”, *JBl*, 131, 7, 2009, pp. 427-436; S. FREHNER, *Die zivilrechtliche Unzulässigkeit von Wettbewerbsabreden: eine rechtshistorische und rechtsvergleichende Untersuchung*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2007; M. LIBERTINI/M.R. MAUGERI, “Infringement of competition law and invalidity of contracts”, *European Review of Contract Law*, 1, 2, 2005, pp. 250-272; J. MOHR, “Privatrechtliche Nichtigkeit von Kartellen und öffentlich-rechtlicher Vertrauensschutz”, *ZWeR*, 9, 4, 2011, pp. 383-406; C. NOURISSAT, “L’article 81 par. 2 devant le juge de commerce”, en *Le juge de commerce face au droit communautaire de la concurrence*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2007, pp. 107-117; O. ODUDU, “Competition law and contract: the Euro-defence”, en D. LECZYKIEWICZ/S. WEATHERILL, *The involvement of EU law in private law relationships*, Oxford, 2013, pp. 395-415; I.S. ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada...*, pp. 159-170; C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, p. 1422; W.-H. ROTH, “Nichtigkeit von Gesellschaftsverträgen bei Verstoß gegen das europäische Kartellverbot”, en *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August 2010: Unternehmen, Markt und Verantwortung*, vol. 2, Berlin, De Gruyter, 2010, pp. 2881-2900; K. SCHMIDT, “Kartellnichtigkeit von Folgeverträgen: alles neu seit ‘Courage’ und seit der Siebenten GWB-Novelle?”, en S. BECHTOLD/J. JICKELI/M. ROHE (HRSG.), *Recht, Ordnung und Wettbewerb: Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel*, Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 559-578; *Id.*, “Nichtigkeit oder Abwicklung kartellrechtswidriger Gemeinschaftsunternehmen? Theorie für die Praxis und sieben Thesen”, *BB*, 69, 10, 2014, pp. 515-520; X. TATON, “L’office du juge et la nullité en droit de la concurrence: note”, *Rev.dr.com.belge*, 115, 5, 2009, pp. 492-495.

<sup>9</sup> *Cursiva* en el original. *Vid.* A. TROTTA, “Il rapporto tra il giudizio civile e gli atti dell’AGCM e della Commissione”, en L.F. PACE (ED.), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, Jovene editore, 2013, p. 362.

abuso de posición dominante de un operador en un mercado concreto—. Puede resultar aún más complejo acreditar un cartel o acuerdo entre competidores; ya que este tipo de conductas se basan precisamente en su secretismo y falta de información y pruebas accesibles a terceros<sup>10</sup>. Por el contrario, pueden ser más sencillos los casos en los que el perjudicado disponga de una decisión sancionadora previa que confirme la existencia de una conducta anticompetitiva ilícita. Este tipo de acciones —conocidas como *follow-on*, consecutivas o de seguimiento— resultan esenciales para la aplicación privada del Derecho de la competencia<sup>11</sup>. Además, en muchas ocasiones, empresas y consumidores sólo tienen conocimiento de una conducta ilícita que les ha perjudicado después de que una ANC haya sancionado al autor de la conducta. En estos supuestos, también se basarán en las decisiones sancionadoras en las que se constata la conducta ilícita y los autores de las mismas (*the fault*). De estas decisiones previas, podrán obtener los elementos esenciales para su acción: tendrán que probar tan sólo el nexo de causalidad (*the link of causation between the fault and the harm*) y el daño causado (*existence of harm*)<sup>12</sup>. El resto de elementos de la acción podrán basarse en la decisión sancionadora previa.

8. El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE se ocupa, pues, de regular el alcance legalmente vinculante de decisiones administrativas o judiciales con respecto a las acciones *follow-on* o de seguimiento, que es, en varios países, sin duda, el tipo más frecuente de acción judicial indemnizatoria interpuesta tras la conclusión del procedimiento administrativo sancionador (*acciones consecutivas*); aunque, con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva, la situación en España y Alemania era diferente: por un lado, se interpusieron más acciones previas o *stand alone* (como, *ad ex.*, en el caso de gasolineras en España y en otro tipo de casos en Alemania) que acciones *follow-on*<sup>13</sup>; por otro, en paralelo, en los últimos años, las acciones *follow-on* fueron aumentando, siguiendo, en especial, a los cárteles internacionales sancionados por la Comisión.

El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE deja, pues, fuera de su ámbito de aplicabilidad las acciones por daños que se incoan con anterioridad o simultáneamente (en paralelo) al procedimiento sancionador ante una ANC (*acciones individuales o previas y acciones paralelas*)<sup>14</sup>.

### III. Origen del artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE

#### 1. En el Derecho antitrust estadounidense

9. El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE refleja una *idea originaria del Derecho antitrust estadounidense*, que ha encontrado *dos vías de expresión*:

1ª) La *prima facie evidence rule*; es decir, la interpretación del § 5(a) de la Clayton Act a favor de que las decisiones finales dictadas en un procedimiento de *public enforcement* pueden constituir pruebas en los procesos de reparación de daños causados por las conductas anticompetitivas condenadas<sup>15</sup>. El hecho de que tales decisiones constituyan una *prueba privilegiada* —exactamente una presunción *iuris*

<sup>10</sup> Vid. I.S. ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada...*, pp. 179-185.

<sup>11</sup> Sobre las acciones *follow-on*, originarias del Derecho antitrust estadounidense, *vid.*, *ad ex.*, R. HEMPEL, *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht: eine rechtsvergleichende Analyse*, Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 2002, pp. 173 y ss. Respecto al éxito de este tipo de acciones frente a las acciones *stand alone*, en las que el demandante debe acreditar también la conducta ilícita, *vid.* F. MARCOS, “Damages’ Claims in the Spanish Sugar Cartel”, IE Working Paper, 2014 (<http://ssrn.com/abstract=2514239>).

<sup>12</sup> Vid. A. TROTTA, “Il rapporto tra il giudizio civile...”, p. 362.

<sup>13</sup> Vid., *ad ex.*, F. MARCOS FERNÁNDEZ, “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los tribunales españoles”, *Información Comercial Española*, nº 876, Enero-Febrero 2014, pp. 91-104, en p. 98; D. ORDÓÑEZ, “La reclamación ante los tribunales españoles de los daños sufridos en la violación del Derecho europeo de la competencia”, *Gac. Jur. UE*, 19, 2011, pp. 11-28, en especial pp. 22-24 (donde se refiere a lo que denomina la “saga de las gasolineras”).

<sup>14</sup> Vid. C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, pp. 1426-1427.

<sup>15</sup> Vid. M. GRÜNBERGER, “Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen”, en *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen?*, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 135-223, en pp. 209-210; R. HEMPEL, *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht...*, p. 215.

*tantum (rebuttable presumption)*– favorece las *follow-on suits* y tiene tres consecuencias: la maximización de los efectos benéficos de la financiación de la acción pública, la economía de medios y la buena articulación del *public* y *private enforcement*<sup>16</sup>.

2ª) El *offensive collateral estoppel*; es decir, la doctrina jurisprudencial que el TS estadounidense estableció en *Parklane Hosiery Co. v. Shore*, conforme a la cual, cumpliéndose determinados requisitos, el juez de una acción indemnizatoria por daños goza de una amplia discrecionalidad para impedirle al demandado que ha tenido plena y justa oportunidad de discutir en un juicio ciertas cuestiones que las vuelva a discutir en un procedimiento colateral posterior en el que él es también parte<sup>17</sup>.

## 2. En el Derecho antitrust europeo

10. El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE constituye, además, el *último eslabón* en el proceso evolutivo encaminado a asegurar la *uniformidad del Derecho europeo de la competencia*<sup>18</sup>:

### A) El caso Masterfoods

11. *Primer eslabón*: En efecto, los *principios de eficiencia, seguridad jurídica y cooperación leal* exigían una aplicación uniforme del Derecho de la competencia dentro de la UE; por tanto, las decisiones de la Comisión Europea debían ser respetadas por los Tribunales nacionales y por las ANC de los Estados miembros<sup>19</sup>. Fue la STJCE 14 diciembre 2000, *Masterfoods Ltd y HB Ice Cream Ltd*, C-344/98, Rec., p. I-11412, la que recordó esta necesidad<sup>20</sup>.

12. La STJCE 14 diciembre 2000, *Masterfoods Ltd y HB Ice Cream Ltd*, C-344/98, Rec., p. I-11412, §§ 46 a 50, 53 y 55 a 57, declaró que, cuando las jurisdicciones nacionales se pronuncian sobre

<sup>16</sup> Vid. H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and its Practice*, 2ª ed., St. Paul, Minn., West Group, 1999, pp. 636-637; C. PRIETO, “Les enseignements de l’expérience américaine en matière de *private enforcement*”, *Concurrences*, nº 4, 2008, pp. 50-63, en especial pp. 54-55 y 62; L.A. SULLIVAN/W.S. GRIMES, *The Law of Antitrust: an Integrated Handbook*, St. Paul, Minn., West Group, 2000, pp. 962-963.

<sup>17</sup> 439 U.S. 322, 99 S.Ct. 645 (1979). Vid. H. HOVENKAMP, *Federal Antitrust Policy...*, p. 637; L.A. SULLIVAN/W.S. GRIMES, *The Law of Antitrust...*, p. 963.

<sup>18</sup> Vid. M. GRÜNBERGER, “Bindungswirkung kartellbehördlicher Entscheidungen”, en *Kartellrechtsdurchsetzung durch private Schadenersatzklagen?*, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 135-223. En general, sobre el efecto vinculante de las decisiones de la Comisión durante la vigencia del R. 17/62, *vid., ad ex.*, U. EHRICKE, “Die Bindungswirkungen von Negativtesten und Verwaltungsschreiben im Gemeinschaftsrecht”, *ZHR*, 158, 2, 1994, pp. 170-181; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte an Beschlüsse von Kommission und Behörden der Europäischen Union im Kartellrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 19-45.

<sup>19</sup> Sobre los tres principios mencionados, *vid., ad ex.*, W. DURNER, “Die Unabhängigkeit nationaler Richter im Binnenmarkt – Zu den Loyalitätspflichten nationaler Gerichten gegenüber der EG-Kommission, insbesondere auf dem Gebiet des Kartellrechts”, *EuR*, 2004, pp. 547-574; J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions - Observations on article 9 of the Commission proposal of directive, June 2013”, *Revue Lamy de la Concurrence*, nº 39, 2014, pp. 191-197, en especial pp. 191-192.

<sup>20</sup> Vid. W. BARTELS, “Kooperation zwischen EU-Kommission und nationalen Gerichten im europäischen Wettbewerbsverfahren: einige Anmerkungen zum Masterfoods-Urteil des EuGH”, *ZfRV*, 43, 3, 2002, pp. 83-94; C. BAUDENBACHER, “Einheitliche Anwendung des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts durch nationale bzw. europäische Gerichte und die Kommission”, *European Law Reporter*, 2001, pp. 11-13; J. BORNKAMM, “Die Masterfoods-Entscheidung des EuGH: Bindung der Zivilgerichte an Kommissionsentscheidungen: Lehren für das neue Kartellverfahren?”, *ZWeR*, 1, 1, 2003, pp. 73-86; P.V.F. BOS/J.A. MÖHLMANN, “Mastering Masterfoods: food for thought on staying civil damages litigation pending appeals before the European courts”, en *Cross-border EU competition law actions*, Oxford, Hart, 2013, pp. 197-205; F. CASTILLO DE LA TORRE, “Decisiones de la Comisión Europea en materia de política de competencia ante los tribunales nacionales: la sentencia Masterfoods”, *Gac. Jur.UE*, nº 213, 2001, pp. 29-44; I. EISENBERGER, “Wettbewerbsrechtliches Parallelverfahren vor nationalen Gerichten und der Kommission”, *Ecolex*, 2001, pp. 795-796; A. GEIGER, “EuGH: Nationale Gerichte durch Kommissionsentscheidungen gebunden”, *EuZW*, 2001, pp. 116-117; L. MALFERRARI, “Neues zur Kompetenzverteilung zwischen Kommission und nationaler Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Wettbewerbs und zum Verhältnis zwischen der Nichtigkeitsklage und dem Vorabentscheidungsverfahren”, *EuR*, 2001, pp. 605-616; M. MIRANDA/L. RITTER, “Concorrenza, autorità comunitarie, giudici nazionali”, *Foro it.*, 2001, IV, col. 209-214; M. NICOLELLA, “Le sursis à statuer du juge national au cours d’une procédure communautaire en annulation d’une décision de la Commission: une obligation de coopération loyale”, *Gazette du Palais*, 2001, I Jur., pp. 893-894; S. O’KEEFE, “First among equals: the Commission and the national courts as enforcers of E.C. competition law”, *Eur.L.Rev.*, 2001, pp. 301-311; S. PREECE, “Masterfoods Ltd v. HB Ice Cream Ltd”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 2001 pp. 281-288; T. SIMONS, “On the relation of competition cases before the Commission and before national courts: ECJ 14 December 2000, C-344/98, Masterfoods”, *The European Legal Forum*, 1, 3, 2000/01, pp. 199-200.



acuerdos o prácticas que son ya objeto de una decisión de la Comisión, ellas no pueden tomar decisiones que vayan contra la de la Comisión, incluso si esta última estaba en contradicción con la decisión dictada por una jurisdicción nacional de primera instancia. En efecto, como había observado el Tribunal de Justicia, una consecuencia derivada del *principio general de seguridad jurídica y del deber de cooperación* formulado por el art. 10 del Tratado de Roma era que los tribunales nacionales tenían que ejercer sus facultades, evitando cualquier riesgo significativo de conflicto, lo que, en el ámbito del Derecho europeo de la competencia, suponía que la aplicación de sus normas se basa en una “obligación de sincera cooperación” entre los tribunales nacionales, por un lado, y la Comisión y los tribunales comunitarios, por otro (H.-G. KAMANN/C. HORSTKOTTE)<sup>21</sup>. Se resolvió así una cuestión importante relacionada con el reparto de las competencias para la aplicación de los arts. 81.1 y 82 TCE entre los órganos judiciales de los Estados miembros y las instituciones comunitarias –Comisión, TPI y TJCE–. Dichos artículos poseían *eficacia directa*; es decir, pueden ser invocados directamente por los particulares ante los tribunales de los Estados miembros, que, por consiguiente, comparten la competencia con la Comisión, al igual que las autoridades nacionales encargadas de salvaguardar la libre competencia (Bundeskartellamt, Autorité de la concurrence, CNMC, etc.). El Reglamento nº 17/62 establecía que las autoridades de los Estados miembros eran competentes hasta que la Comisión iniciase un procedimiento (art. 9.3 Reglamento nº 17/62). De este modo, se intentaba prevenir y evitar que se pudiesen dictar decisiones incompatibles sobre un mismo asunto. Sin embargo, la STJCE 30 enero 1974, *BRT/SABAM*, 127/73, *Rec.*, p. 51, excluyó a los tribunales de la consideración de “autoridades nacionales” a estos efectos<sup>22</sup>. Quedaba, por lo tanto, a salvo la competencia de los tribunales estatales para resolver cuestiones de libre competencia comunitaria, que mantenían, pese a que la Comisión iniciase un procedimiento sobre los mismos hechos y por los mismos cargos. Con el *caso Masterfoods*, se puso en evidencia, por un lado, los inconvenientes de dicha solución y, por otro, se declaró el deber de los tribunales nacionales de valorar si lo más prudente no sería, en semejantes circunstancias, suspender el procedimiento, como hubieran tenido que hacer las autoridades nacionales de ese mismo Estado miembro.

**13.** El origen del litigio se hallaba en los siguientes hechos: HB Ice Cream Ltd. (que posteriormente se denominó Van den Bergh Foods Ltd.), el principal fabricante de helados en Irlanda, era una filial controlada al 100% por el grupo Unilever que suministraba a los minoristas de helados, de forma gratuita o a cambio de un alquiler simbólico, arcones congeladores de los que se reservaba la propiedad, con la condición de que se utilizasen exclusivamente para los helados fabricados por esta compañía (lo que se conoció como la *cláusula de exclusividad*). En 1989, Masterfoods Ltd. se introdujo en el mercado irlandés de helados. A partir de ese verano, gran número de detallistas a los que HB Ice había proporcionado arcones congeladores empezaron a conservar y a exponer en ellos los productos de Masterfoods. HB Ice le exigió a los minoristas el cumplimiento de la cláusula de exclusividad. En 1990, Masterfoods interpuso un recurso ante la High Court (Irlanda), solicitando que se declarara que la cláusula de exclusividad era nula con arreglo al Derecho interno y a los arts. 81 y 82 del Tratado. Por su parte, HB Ice interpuso otro recurso para que se prohibiera a Masterfoods que incitase a los detallistas a incumplir la cláusula de exclusividad. Ambas sociedades solicitaron una indemnización por daños y perjuicios. En 1992, la High Court desestimó el recurso de Masterfoods y le prohibió que incitara a los detallistas a conservar sus productos en arcones congeladores que pertenecieran a HB Ice. Pocos meses después, Masterfoods interpuso recurso ante la Supreme Court. Paralelamente a este contencioso, Masterfoods había denunciado, en 1991, a HB Ice ante la Comisión. En el pliego de cargos remitido, la Comisión

<sup>21</sup> H.-G. KAMANN/C. HORSTKOTTE, “Kommission versus nationale Gerichte: Kooperation oder Konfrontation im Kartellverfahren: das Masterfoods-Urteil des EuGH im Licht der geplanten Kartellverfahrensverordnung”, *WuW*, 51, 5, 2001, pp. 458-468.

<sup>22</sup> *Vid.* L. DEFALQUE, “Compétence préjudicielle de la Cour de justice en matière d’ententes et de position dominante”, *Cah.dr.eur.*, 1975, pp. 68-78; I.S. FORRESTER, “Complement or Overlap? Jurisdiction of National and Community Bodies in Competition Matters after SABAM”, *C.M.L.Rev.*, 1974, pp. 171-182; T. HARTLEY, “Article 177 EEC: Appeals against an Order to Refer”, *Eur.L.Rev.*, 1975, pp. 48-50; R. KOVAR, “La procédure du renvoi préjudiciel en interprétation”, *Clunet*, 1976, pp. 203-208; V. MILUTINOVIĆ, “The ‘right to damages’ in a ‘system of parallel competences’: a fresh look at BRT v SABAM and its subsequent interpretation”, en P. LOWE/M. MARQUIS (EDS.), *European competition law annual 2011: integrating public and private enforcement, implications for courts and agencies*, Oxford, Hart, 2014, pp. 341-376.

consideró que el sistema de distribución de HB Ice infringía los arts. 81 y 82 del Tratado. Después de varias entrevistas con la Comisión, HB Ice le notificó determinadas propuestas de modificación para lograr una exención individual en virtud del art. 81.3 TCE. Sin embargo, la Comisión estimó que las modificaciones no dieron los resultados esperados y le dirigió a HB Ice un nuevo pliego de cargos. Finalmente, la Dec.Com. 11 marzo 1998, *Van den Bergh Foods Limited*, DOL 246 de 4 septiembre 1998, declaró que la cláusula de exclusividad infringía los arts. 81 y 82 TCE y denegó la solicitud de exención con arreglo al art. 81.3 TCE. HB Ice interpuso ante el TPI un recurso que tenía por objeto que se anulase esta decisión.

Había, pues, dos recursos paralelos –uno ante la Supreme Court de Irlanda y otro ante el TPI– contra dos resoluciones –una judicial y otra administrativa– que se pronunciaban sobre un mismo asunto –la licitud de la cláusula de exclusividad– y resultaban incompatibles. En tales circunstancias, la Supreme Court decidió suspender el procedimiento y plantear al TJCE varias cuestiones prejudiciales. A su vez, el TPI suspendió el procedimiento hasta que el Tribunal de Justicia dictase sentencia en este asunto.

**14.** En su fallo, el Tribunal de Justicia tuvo en consideración los siguientes argumentos:

1º) Era preciso recordar los principios que regulan el reparto de competencia entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia. A la Comisión le correspondía el cometido de velar por la aplicación de los principios enunciados en los arts. 81 y 82 TCE: Le correspondía definir la orientación y ejecutar la política comunitaria en materia de competencia, tomar decisiones individuales, adoptar Reglamentos de exención y, a fin de cumplir eficazmente esta tarea, cuya ejecución implicaba necesariamente efectuar análisis complejos de carácter económico, está facultada para establecer un orden de prioridades entre las denuncias que se presenten ante ella. La Comisión dispone de competencia exclusiva para adoptar las decisiones de aplicación del art. 81.3 TCE y, en cambio, comparte su competencia para la aplicación de los arts. 81.1 y 82 del Tratado con los órganos jurisdiccionales nacionales. Estas disposiciones producen efectos directos en las relaciones entre particulares y crean directamente derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar. Por tanto, éstos siguen siendo competentes para aplicar lo dispuesto en los arts. 81.1 y 82 del Tratado aun después de que la Comisión haya incoado un procedimiento.

2º) Pese a este reparto de competencia, para cumplir la función que el Tratado le asigna, la Comisión no puede estar vinculada por una resolución dictada por un órgano jurisdiccional nacional en aplicación de los arts. 81.1 y 82 del Tratado. Así la Comisión está facultada para adoptar, en todo momento, decisiones individuales para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado, aun cuando un acuerdo o una práctica ya haya sido objeto de una resolución de un órgano jurisdiccional nacional y la decisión que se proponga adoptar la Comisión sea contraria a la citada resolución judicial.

3º) Conforme al art. 10 TCE, los Estados miembros tienen el deber de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del Derecho comunitario y de abstenerse de las que puedan poner en peligro la realización de los objetivos del Tratado. Dicha obligación se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales, como ya declarara la STJCE 17 diciembre 1998, *Società italiana petroli SpA (IP) c. Borsana Srl*, C-2/97, *Rec.*, p. I-08597, § 26<sup>23</sup>. Una decisión adoptada por la Comisión en aplicación de los arts. 81, apartados 1 ó 3, u 82 TCE es obligatoria en todos sus elementos para sus destinatarios. Ergo los tribunales nacionales deberían asegurar su eficacia. Para no vulnerar el *principio general de seguridad jurídica*, los órganos jurisdiccionales nacionales, al pronunciarse sobre acuerdos o prácticas que puedan ser todavía objeto de una decisión de la Comisión, deben evitar adoptar decisiones que sean incompatibles con la decisión que la Comisión se proponga tomar en cumplimiento de tales artículos del Tratado.

4º) Ahora bien éste no había sido el caso. Desgraciadamente una jurisdicción nacional se había pronunciado sobre una cuestión que había sido resuelta posteriormente por la Comisión. Ambas resolu-

<sup>23</sup> Vid. A. RIGAUX/M. PIETRI, *Europe*, 1999, Février, Comm. n° 47, pp. 7-8; E. SZYSZCZAK, “The Working Environment v. Internal Market”, *Eur.L.Rev.*, 1999, pp. 196-201.

ciones habían sido objeto de recurso. Por esto, se planteaba la necesidad de que el TJCE le indicara a la Supreme Court irlandesa lo que debía hacerse ante esta situación. El Tribunal de Justicia procedió en dos tiempos. Primero: Cuando los órganos jurisdiccionales se pronuncian sobre acuerdos o prácticas que ya han sido objeto de una decisión de la Comisión, no pueden dictar resoluciones que sean incompatibles con dicha decisión, aun cuando ésta sea contraria a una resolución emanada de un órgano jurisdiccional nacional de primera instancia. Sin embargo, en este caso, la decisión de la Comisión había sido objeto de recurso. Cabía, pues, cuestionarse qué autoridad cabe reconocerle a la resolución administrativa de una institución comunitaria en tales circunstancias. El Tribunal de Justicia recordó, a este respecto, que los actos de las instituciones comunitarias disfrutaban, en principio, de una presunción de legalidad, mientras no hayan sido anulados o revocados. Segundo: El Tribunal indica entonces cómo resolver el problema concreto que se había planteado. Para ello, señala, el órgano jurisdiccional nacional debe suspender el procedimiento hasta que los órganos jurisdiccionales comunitarios dicten una resolución definitiva sobre el recurso de anulación, a no ser que considere que, en las circunstancias del caso, está justificado plantear una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia sobre la validez de la decisión de la Comisión. Según el Tribunal, dicha solución deriva de la obligación de cooperación leal entre los órganos jurisdiccionales nacionales y la Comisión y los órganos jurisdiccionales comunitarios.

## B) El art. 16 R. 1/2003

15. *Segundo eslabón*: El Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo de 16 diciembre 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, DO L 1 de 4 enero 2003, que regula las principales cuestiones de procedimiento del Derecho antitrust comunitario, dio un paso más con su art. 16, en el que dispuso que: “**Aplicación uniforme de la normativa comunitaria de competencia**. 1. Cuando los órganos jurisdiccionales nacionales se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión. Deberán evitar asimismo adoptar decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado. A tal fin, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales apreciar si procede suspender su procedimiento. Esta obligación se entenderá sin perjuicio de los derechos y obligaciones que establece el artículo 234 del Tratado.

2. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros decidan acerca de acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los artículos 81 u 82 del Tratado que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, no podrán adoptar decisiones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión”.

16. Se contemplan, pues, *dos hipótesis*:

### a) El conflicto entre una *decisión judicial nacional* y una *decisión previa o futura de la Comisión* (art. 16.1 R. 1/2003)

17. El art. 16.1 del R. 1/2003 prohíbe a los tribunales nacionales adoptar resoluciones incompatibles con las decisiones de la Comisión Europea (*Abweichungsverbot*): El principio rector de la norma es evitar resoluciones susceptibles de entrar en conflicto con las decisiones de la Comisión Europea<sup>24</sup>. El art. 16.1 R. 1/2003 codifica, por tanto, la jurisprudencia *Masterfoods* que antes hemos analizado<sup>25</sup>. Así lo ha entendido la jurisprudencia (caso, *ad ex.*, de la sentencia LG Mainz 15 enero 2004)<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> *Vid.*, *ad ex.*, D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 323-328; G. MEESSEN, *Der Anspruch auf Schadensersatz bei Verstößen gegen EU-Kartellrecht: Konturen eines europäischen Kartelldeliktsrechts?*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2011, p. 115.

<sup>25</sup> *Vid.*, *ad ex.*, C.D. CLAUSSEN, “Effektive und kohärente Justizgewährleistung im europäischen Rechtsschutzverbund”, *JZ*, 61, 4, 2006, pp. 157-165, en p. 163; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 22-28, 50-51 y 327.

<sup>26</sup> *NJW-RR*, 2004, p. 478, en p. 479.

18. Ahora bien, el alcance del art. 16.1 del R. 1/2003 puede ser de difícil encaje en la práctica; ya que el tribunal nacional debe de evitar contradicciones tanto en la valoración legal (*Tatbestandswirkung*, *Rechtsauffassung*) como en los hechos (*Feststellungswirkung*, *Tatsachenwürdigung*)<sup>27</sup>. Dicho con otros términos, según la opinión dominante la decisión de la Comisión tiene un *efecto vinculante* que recae sobre el órgano judicial nacional (*Bindungswirkung*)<sup>28</sup>. El *efecto vinculante* se circunscribe a las constataciones que haya en la decisión de la Comisión acerca de la compatibilidad de una conducta con los arts. 101 y 102 TFUE<sup>29</sup>. En la práctica, esto supone, *grosso modo*, que el juez ya no está autorizado ni obligado a verificar por sí mismo la compatibilidad o incompatibilidad de un comportamiento con los [actuales] arts. 101 y 102 TFUE; aunque conserve su derecho a interponer una cuestión prejudicial (art. 267 TFUE)<sup>30</sup>. Como ha recordado la mejor doctrina, este recorte de las facultades judiciales está justificado, en definitiva, por un principio general de seguridad jurídica<sup>31</sup>. No supone, en absoluto, una violación del derecho a un *proceso equitativo* proclamado por el art. 6 del CEDH<sup>32</sup>.

19. Desde el punto de vista de su ámbito material de aplicación (*Sachlicher Anwendungsreich*), un presupuesto del art. 16.1 R. 1/2003 es que *la conducta empresarial* que tenga que apreciar el juez en un proceso civil *sea la misma* sobre la que la Comisión haya resuelto (*identischer Sachverhalt*), sin que sea suficiente, a estos efectos, con que se trate de una conducta semejante o parangonable<sup>33</sup>. Esta norma, por tanto, puede implicar una valoración por parte del juez nacional similar a la que debe de realizar en casos de litispendencia internacional –*id est*, la *triple identidad procesal* (*partes, petitum y causa petendi*)–<sup>34</sup>. Así, *ad ex.*, la jurisprudencia inglesa ha sostenido que la decisión de

<sup>27</sup> Vid., *ad ex.*, D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 47-50 y 327; S. HAUSEN, *Die Wirkung von Kommissionsentscheidungen im deutschen Kartellzivilprozess*, Hamburg, Verlag Dr. Kovac, 2006, p. 152; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 75-106; U. SCHNELLE/A. BARTOSCH/A. HÜBNER, *Das neue EU-Kartellverfahrensrecht: Auswirkungen der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 auf die Kartellrechtspraxis*, München, Boorberg, 2004, p. 96.

<sup>28</sup> Vid., *ad ex.*, sentencia LG Mainz 15 enero 2004, *NJW-RR*, 2004, p. 478, 479; resolución OLG Düsseldorf 10 junio 2005, *WuW/E DE R*, 1610, § 30; sentencia OLG Düsseldorf 9 enero 2008, VI-U(Kart) 45/06, § 66. En este sentido también, *ad ex.*, G.M. BERRISCH/M. BURIANSKI, “Kartellrechtliche Schadenersatzansprüche nach der 7. GWB-Novelle”, *WuW*, 2005, pp. 878-888, en p. 882; G. HIRSCH, “Anwendung der Kartellverfahrensverordnung (EG) Nr. 1/2003 durch nationale Gerichte”, *ZWeR*, 1, 3, 2003, pp. 233-254, en p. 248; S. HOSSENFELDER/M. LUTZ, “Die neue Durchführungsverordnung zu den Artikeln 81 und 82 EG-Vertrag”, *WuW*, 2003, pp. 118-129, en p. 123; A. RÖHLING, “Die Zukunft des Kartellverbots in Deutschland nach In-Kraft-Treten der neuen EU-Verfahrensrechtsordnung”, *GRUR*, 105, 12, 2003, pp. 1019-1025, en p. 1023; U. SCHNELLE/A. BARTOSCH/A. HÜBNER, *Das neue EU-Kartellverfahrensrecht...*, p. 96. En contra de la opinión dominante, *ad ex.*, T. BRUNN, *Die EG-Kartellverfahrensverordnung 1/2003 und ihre Auswirkungen auf die Gruppenfreistellungsverordnungen und die Entzugsverfahren der Vertikal-GVO*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, p. 165; K. PIJETLOVIC, “Reform of EC-Antitrust Enforcement: Criticism of the New System is Highly Exaggerated”, *Eur. Compet.L.Rev.*, 25, 6, 2004, pp. 356-369, en p. 359.

<sup>29</sup> Vid., *ad ex.*, D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 43, 46, 47 y 327.

<sup>30</sup> Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 44 y 327.

<sup>31</sup> Vid. W. BARTELS, *Kohärente Rechtsanwendung im europäischen Kartellverfahren: das Zusammenwirken von Kommission und nationalen Gerichten*, Baden-Baden, Nomos, 2006, pp. 171-172; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 37-39 y 327; J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2005, pp. 911 y 913-914.

<sup>32</sup> Excede del propósito de este trabajo, analizar una cuestión ya históricamente superada: la de si el *efecto vinculante* de las decisiones de la Comisión es contrario a un principio general del Derecho europeo (el principio de la división de poderes y de la independencia del poder judicial [*der Grundsatz der Gewaltenteilung und der richterlichen Unabhängigkeit*]). Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 39-42 y 327; A. GEIGER, “EuGH: Nationale Gerichte...”, p. 117; F. MONTAG/A. ROSENFELD, “A solution to the problems? Regulation 1/2003 and the modernization of competition procedure”, *ZWeR*, 1, 2, 2003, pp. 107-135, en p. 131; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 114-122; F. RITTNER, “Kartellpolitik und Gewaltenteilung in der EG”, *EuZW*, 2000, p. 129; E. STEINDORFF, “Aufgaben und Zuständigkeiten im europäischen Kartellverfahren”, *ZHR*, 162, 1998, pp. 290-317, en p. 314-315.

<sup>33</sup> Vid., *ad ex.*, J. BORNKAMM, “Die Masterfoods-Entscheidung des EuGH...”, p. 84; J. BORNKAMM/M. BECKER, “Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots nach der Modernisierung des EG-Kartellrechts: Einflussmöglichkeiten der Kommission”, *ZWeR*, 3, 3, 2005, pp. 213-226, en p. 220; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 51-55 y 327; T. EILMANSBERGER, “Zum Vorschlag der Kommission für eine Reform des Kartellvollzugs”, *JZ*, 56, 8, 2001, pp. 365-374, en p. 372; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 81-86; G. HIRSCH, “Anwendung der Kartellverfahrensverordnung...”, p. 248.

<sup>34</sup> Vid. arts. 29 y 33 R. 1215/2012. Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 15ª ed., Granada, Editorial Comares, 2014, pp. 273-282.

la Comisión únicamente tiene autoridad sobre el juez nacional, cuando las partes, el objeto y la causa son los mismos en los dos procedimientos (ante la Comisión y ante el tribunal del Estado miembro)<sup>35</sup>. En relación a los hechos, debemos resaltar que el art. 16.1 del R. 1/2003 no exige al demandante de su *obligación de probar los hechos*. Sin perjuicio de esto, un juez nacional tampoco podrá rechazar la demanda por falta de pruebas sobre los hechos. Ante la duda, el tribunal nacional podrá acudir al *procedimiento prejudicial* regulado por el art. 267 TFUE.

**20.** Otro presupuesto de aplicación es que haya una *decisión* en el sentido del art. 16.1 R. 1/2003; es decir, una decisión de la Comisión Europea que se pronuncie sobre la compatibilidad de una conducta empresarial con los arts. 101 y 102 TFUE<sup>36</sup>. Éste es el caso de las decisiones sobre constatación y cese de la infracción (art. 7 R. 1/2003), las declaraciones de inaplicabilidad (art. 10 R. 1/2003) y las retiradas individualizadas de exenciones (art. 29.1 R. 1/2003)<sup>37</sup>. Por el contrario, las medidas cautelares (art. 8 R. 1/2003), los compromisos (art. 9 R. 1/2003), los Reglamentos de exención por categoría, los Informes y las Comunicaciones y Líneas Directrices de la Comisión están fuera del ámbito material de aplicación del art. 16.1 R. 1/2003<sup>38</sup>. *Ejemplo:* La resolución OLG Düsseldorf 10 junio 2005, *WuW/E DE*

<sup>35</sup> House of Lords, *Inntrepreneur Pub Company (CPC) and others v Crehan*, Session 2005-06, [2006] UKHL 38. *Vid.* A. ANDREANGELI, “The enforcement of Article 81 EC before national courts after the House of Lord’s decisión in *Inntrepreneur Pub Co Ltd v. Crehan*”, *Eur.L.Rev.*, 32, 2, 2007, pp. 260-270.

<sup>36</sup> *Vid.* D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 55 y 327.

<sup>37</sup> *Vid.* A. VON BOGDANDY, “Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und Subsidiarität im transnationalen Wirtschaftsrecht: zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 81 III EG und des WTO-Rechts”, *EuZW*, 12, 12, 2001, pp. 357-365, en p. 359; J. BORNKAMM/M. BECKER, “Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots...”, p. 222; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 56-57, 61-65, 68-70, 72-73 y 327; T. EILMANSBERGER, “Zum Vorschlag der Kommission für eine Reform...”, p. 373; S. HAUSEN, *Die Wirkung von Kommissionsentscheidungen...*, pp. 181 y 191-192; G. HIRSCH, “Anwendung der Kartellverfahrensverordnung...”, p. 248; S. HOSSENFELDER/M. LUTZ, “Die neue Durchführungsverordnung...”, pp. 122-123; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 136-137 y 152-161; W. JAEGER, *Die Auswirkungen der neuen Durchführungsverordnung zu Art. 81 und 82 EG*, Köln, FIW-Schriftenreihe, Heft 198, 2004, pp. 35 y 42; M. MEYER, “Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen im Kartellverwaltungsrechtsweg – der neue § 33 IV GWB auf dem Prüfstand”, *GRUR*, 108, 1, 2006, pp. 27-33, en p. 30; A. RÖHLING, “Die Zukunft des Kartellverbots...”, p. 1023; K. SCHMIDT, “Umdenken im Kartellverfahrensrecht”, *BB*, 58, 24, 2003, pp. 1237-1245, en p. 1242; U. SCHNELLE/A. BARTOSCH/A. HÜBNER, *Das neue EU-Kartellverfahrensrecht...*, p. 95; F. SCHÖLER, *Die Reform des Europäischen Kartellverfahrensrechts durch die Verordnung (EG) Nr. 1/2003*, Frankfurt am Main, Lang, 2004, p. 135; J. SCHWARZE/A. WEITBRECHT, *Grundzüge des europäischen Kartellverfahrens: Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003*, Baden-Baden, Nomos, 2004, p. 226; M. SCHWEDA, “Die Bindungswirkung von Bekanntmachungen und Leitlinien der Europäischen Kommission”, *WuW*, 54, 11, 2004, pp. 1133-1144, en p. 1140.

<sup>38</sup> *Vid.* M. BARON, “Die Rechtsnatur der Gruppenfreistellungsverordnungen im System der Legalausnahme: Ein Scheinproblem”, *WuW*, 56, 4, 2006, pp. 358-365, en pp. 358 y 361; W. BARTELS, *Kohärente Rechtsanwendung im europäischen Kartellverfahren...*, pp. 163, 177 y 179; A. BARTOSCH, “Von der Freistellung zur Legalausnahme: was geschieht mit der Rechtssicherheit?”, *WuW*, 5, 2000, pp. 462-473, en pp. 466-467; R. BECHTOLD, “Modernisierung des EG-Wettbewerbsrechts: Der Verordnungs-Entwurf der Kommission zur Umsetzung des Weissbuchs”, *BB*, 56, 48, 2000, pp. 2425-2431, en p. 2427; *Id.*, “Maßstäbe der ‘Selbstverwaltung’ nach Art. 81 Abs. 3 EG”, *WuW*, 2003, p. 343; F. BIEN, “Systemwechsel im Europäischen Kartellrecht: zum Entwurf der EU-Kommission für eine Verordnung zur Durchführung der Art. 81 und 82 EG-Vertrag”, *DB*, 53, 46, 2000, pp. 2309-2312, en p. 2310; T. BRUNN, *Die EG-Kartellverfahrensverordnung...*, p. 37; E. BUEREN, “Der ‘new economic approach’ der Kommission für horizontale und vertikale Wettbewerbsbeschränkungen”, *WRP*, 50, 5, 2004, pp. 567-575, en p. 568; A. DERINGER, “Stellungnahme zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag (Art. 81 und 82 EG)”, *EuZW*, 1, 2000, pp. 5-11, en p. 7; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 57-61, 65-68, 70-73 y 327; T. EILMANSBERGER, “Zum Vorschlag der Kommission für eine Reform...”, pp. 373-374; J. GRÖNING, “Die dezentrale Anwendung des EG-Kartellrechts gemäß dem Vorschlag der Kommission zur Ersetzung der VO 17/62”, *WRP*, 47, 2, 2001, pp. 83-89, en p. 85; J.P. GRUBER, “Verpflichtungszusagen im europäischen Kartellrecht”, *EWS*, 16, 7, 2005, pp. 310-315, en p. 313; J. HAMER, “Die Rolle des nationalen Richters im Rahmen der Kartell-Durchführungsverordnung 1/2003/EG, Tagung der Europäischen Rechtsakademie Trier am 8. Und 9.5.2003”, *EWS*, 2003, pp. 415-419, en p. 418; G. HIRSCH, “Anwendung der Kartellverfahrensverordnung...”, p. 247; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 137-152; F. KOENIGS, “Die VO Nr. 1/2003: Wende im EG-Kartellrecht?”, *DB*, 56, 14, 2003, pp. 755-759, en p. 756; F. MONTAG/A. ROSENFELD, “A solution to the problems?...”, p. 132; P. POHLMANN, “Keine Bindungswirkung von Bekanntmachungen und Mitteilungen der Europäischen Kommission: Entgegnung zu Schweda, *WuW* 2004, S. 1133 ff.”, *WuW*, 55, 10, 2005, pp. 1005-1009; K. PUKALL, “Neue EU-Gruppenfreistellungsverordnungen für Vertriebsbedingungen”, *NJW*, n° 19, 2000, pp. 1375-1379, en p. 1379; A. RÖHLING, “Die Zukunft des Kartellverbots...”, p. 1023; U. SCHNELLE/A. BARTOSCH/A. HÜBNER, *Das neue EU-Kartellverfahrensrecht...*, p. 58; F. SCHÖLER, *Die Reform des Europäischen Kartellverfahrensrechts...*, pp. 124 y 141; J. TEMPLE LANG, “Commitment Decisions under Regulation 1/2003: Legal aspects of a new kind of Competition Decision”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 2003, pp. 347-356, en p. 350; A. WAGNER, “Der Systemwechsel im EG-Kartellrecht: Gruppenfreistellungen und Übergangsproblematik”, *WRP*, 49, 12, 2003, pp. 1369-1389, en pp. 1369-1380.

R, 1610, proclamó que: “Una vinculación jurídica con respecto a una decisión de la Comisión se deriva sólo después de que la Comisión haya iniciado un concreto procedimiento. Ella no vale para las exteriorizaciones de la opinión de la Comisión sin relación con un caso concreto”<sup>39</sup>.

21. La casuística que el art. 16.1 R. 1/2003 ha originado es muy variada. Veamos algunos ejemplos representativos de los principales problemas que ha suscitado en la práctica:

1º) El TJUE ha aprovechado la sentencia *Otis* para precisar el alcance del art. 16 R. 1/2003. La sentencia se refiere precisamente a una acción de daños y perjuicios *follow-on* planteada ante la jurisdicción civil belga por la propia Comisión Europea contra Otis y otros, reclamando daños y perjuicios por la subida de precios causada por el *cártel de los ascensores* en el que participaba Otis y fue sancionado por la Comisión en el año 2009<sup>40</sup>. La sentencia *Otis* aclara que el art. 16 R. 1/2003 se refiere a la infracción sustancial y que el tribunal nacional decidirá libremente sobre la causalidad y sobre la existencia del daño. Continúa el Tribunal, resaltando que *aun cuando la Comisión se haya visto inducida a determinar en su decisión los efectos concretos de la infracción, corresponde siempre al juez nacional determinar individualizadamente el daño ocasionado a cada una de las personas que han ejercitado una acción de indemnización*<sup>41</sup>.

2º) Asimismo, la *High Court* del Reino Unido en la sentencia *Board na Mona* ha establecido que aportar pruebas relativas a una infracción paralela en un mercado diferente o sobre el efecto que la infracción establecida por la Comisión Europea en un mercado distinto del mercado geográfico definido en la decisión de la Comisión Europea es posible dentro de lo establecido por el art. 16 R. 1/2003<sup>42</sup>.

3º) Por otra parte, los tribunales holandeses, en procedimiento iniciado contra diversas empresas miembros del *cartel de la parafina*, han establecido que el procedimiento puede continuar; aunque las demandadas hayan apelado contra la decisión de la Comisión ante el TJUE. Así, el *Rechtbank* (Corte de distrito) de La Haya ha resaltado que no es posible una resolución contradictoria; ya que los aspectos objeto de la acción *follow-on* no se plantean en la apelación ante los Tribunales Europeos<sup>43</sup>.

<sup>39</sup> El texto original dice así: “*Eine rechtliche Bindung im Hinblick auf eine Kommissionsentscheidung ergibt sich nur dann, wenn die Kommission ein konkretes Verfahren eingeleitet hat. Sie gilt nicht für Meinungsäußerungen der Kommission ohne Bezug auf einen konkreten Fall*”.

<sup>40</sup> STJUE, 6 noviembre 2012, *Europese Gemeenschap c. Otis NV y otros*, C-199/11. Vid. H. ANDERSSON, “The Otis Ruling - Allowing the Commission to Take the Elevator to the Next Level”, *G.C.L.R.*, 6, 3, 2013, pp. 111-114; A. ANDREANGELI, “Private enforcement of the EU competition rules: the Commission wishes to ‘Practise what it Preaches’. But Can it Do So? Comment on Otis”, *Eur.L.Rev.*, n° 5, 2014, pp. 717-734; P. ARHEL, “Activité des juridictions de l’Union européenne en droit de la concurrence (juin 2012)”, *Petites affiches. La Loi/Le Quotidien juridique*, 2012, n° 161-162, pp. 13-15; M. BOTTA, “Commission acting as plaintiff in cases of private enforcement of EU competition law: Otis”, *C.M.L.Rev.*, 2013, pp. 1105-1117; D. CANAPA/P. HAGER, “Right of 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.*, 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”, *Rev.trim.dr.eur.*, 2013, p. 316; N. DUNNE, “Leading by Example: Private Competition Enforcement by the European Commission”, *The Cambridge Law Journal*, 2013, pp. 273-276; J. LANDBRECHT, “Verfahrens-/Kartellrecht: Vertretung der EU in Private Enforcement-Verfahren durch die Kommission”, *EuZW*, 2013, pp. 28-29; G. MUGUET-POULLENNEC, “La Commission, victime d’une infraction qu’elle a sanctionnée, peut demander à en être indemnisée”, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2013, n° 34, pp. 79-82; E. PAULUS, “Grundrechtcharta und Private Enforcement: Ist die Stellung der Europäischen Kommission als ‘Entscheidungsbehörde’ in Kartellrechtssachen mit jener des Klägers im nachfolgenden Zivilprozess unter dem Blickwinkel eines fairen Verfahrens vereinbar?”, *ÖZK*, 2012, pp. 231-235; C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, pp. 1428-1429; B. RAUE, “Richter und Kläger? Die Doppelrolle der Europäischen Kommission bei der Durchsetzung europäischen Wettbewerbsrechts”, *WRP*, 2013, pp. 147-153; L. ROBERT, “Le contentieux indemnitaire de la concurrence à l’épreuve du procès équitable”, *Revue Lamy droit des affaires*, n° 79, 2013, pp. 47-51; C. ROBIN, “Préjudice causé à l’Union européenne par l’entente dans les ascenseurs”, *Revue Lamy de la Concurrence*, 2013, n° 34, p. 37; M. SAMPOL PUCURULL, “De justicias justas y abogados de la Unión: Problemas de la fusión de la aplicación pública y privada del derecho a la competencia, Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de noviembre de 2012, asunto Otis, C-199/11”, *Revista Española de Derecho Europeo*, n° 48, 2013, pp. 103-124; A. VALLERY, “Otis: Can the Commission be a Victim in Addition to Actions as a Police Officer, a Prosecutor and a Judge?”, *J.E.C.L. & Pract.*, 4, 3, 2013, pp. 232-236.

<sup>41</sup> STJUE, 6 noviembre 2012, *Otis y otros/Comisión*, C 199/11, § 66.

<sup>42</sup> High Court, *Board na Mona Horticulture Limited and Board Na Mona plc BPI and others* 2012 EWHC 3346.

<sup>43</sup> Corte de Distrito de La Haya, 1 mayo 2013, C 09//414499/HAZA 12-293. CE, 1 Octubre 2008, COMP/39181, *Candle Waxes*.

Jurisprudencia como ésta ha incidido en una cuestión mucho más amplia y enormemente compleja –los *presupuestos del efecto vinculante del art. 16.1 R. 1/2003*–, sobre la que la mejor doctrina ha debatido y reducido a unas pocas ideas fundamentales: Primera: El efecto vinculante del art. 16.1/2003 está ligado a la presunción de validez de la decisión de la Comisión (*die Vermutung der Gültigkeit von Kommissionsentscheidungen*); por tanto, la *eficacia jurídica de la decisión* de la Comisión es un presupuesto no escrito (*ungeschriebene Voraussetzung*) para el inicio del efecto vinculante<sup>44</sup>. Segunda: La vinculación del art. 16.1 R. 1/2003 se produce independientemente de si la decisión de la Comisión es *definitiva* o ha sido *cuestionada en un recurso de anulación ante el TJUE* (art. 263 TFUE)<sup>45</sup>. Tercera: En principio, la *legalidad de la decisión* de la Comisión (*Rechtmäßigkeit der Kommissionsentscheidung*) no constituye ningún presupuesto para el inicio del efecto vinculante del art. 16.1 R. 1/2003<sup>46</sup>.

4º) Por último, en la sentencia del LG Dortmund 1 de abril de 2004, relativa a otra acción *follow-on* iniciada contra diversos miembros del *cartel de las vitaminas*, el LG empleó las conclusiones de la decisión sancionadora de la Comisión Europea en relación a la infracción. El tribunal continuó recordando que el cálculo del daño se debe de realizar conforme a lo establecido por el § 287 de la *Zivilprozessordnung* (el Código de Procedimiento Civil), que permite al juez estimar el daño, cuando no sea posible cuantificar de forma exacta el daño y cuando la valoración basada sobre todos los hechos disponibles determine que el daño ha sido causado<sup>47</sup>.

## **b) El conflicto entre una decisión administrativa nacional y una decisión previa de la Comisión (art. 16.2 R. 1/2003)**

22. El *supuesto de hecho* es la adopción por las ANC de decisiones en aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE, cuando la Comisión haya resuelto previamente sobre los mismos hechos. La *consecuencia jurídica* es la imposibilidad de que las ANC dicten una decisión administrativa incompatible con la anterior (= *primacía de las decisiones de la Comisión*). El Considerando 22, *in fine*, del R. 1/2003 establece que: “Las decisiones de la Comisión que impongan compromisos no afectan a la facultad de los órganos jurisdiccionales y las autoridades de la competencia de los Estados miembros para aplicar los artículos 81 y 82 del Tratado”. Cabe concluir, por tanto, que el art. 16.2 R. 1/2003 contempla un supuesto-tipo: que la Comisión considere inaplicables los arts. 101 y 102 TFUE en un caso concreto; mientras que las ANC quieran imponer sanciones a los mismos hechos en virtud de esas mismas disposiciones jurídicas. Ahora bien, como se ha apuntado, las ANC no deberían adoptar ninguna decisión, cuando ya exista una decisión de la Comisión de inaplicación de los arts. 101 y 102 TFUE, se refiera a los mismos hechos e incluya en su ámbito de aplicación al territorio del Estado al que pertenezcan tales ANC<sup>48</sup>. Dicho proceder iría contra el principio *non bis in idem*<sup>49</sup>.

<sup>44</sup> Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 76 y 328; J. SCHWARZE, *Europäisches Verwaltungsrecht*, p. 225.

<sup>45</sup> Vid. G.M. BERRISCH/M. BURIANSKI, “Kartellrechtliche Schadenersatzansprüche...”, p. 882; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 76-78 y 328; G. HIRSCH, “Anwendung der Kartellverfahrensverordnung...”, p. 248; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 185-190.

<sup>46</sup> Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 78-79 y 328.

<sup>47</sup> Landgericht Dortmund, 1 abril 2004, 13 O 55, Vitamine.

<sup>48</sup> Vid. C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, p. 1129.

<sup>49</sup> Sobre el principio *non bis in idem*, vid. I. BAUDISCH, “Die Sanktionierung von grenzüberschreitenden Kartellsachverhalten: die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte zum Grundsatz ‘ne bis in idem’ im europäischen und internationalen Wettbewerbsverfahren (SGL Carbon AG vs. Kommission, EuGH vom 10.5.2007, C-328/05P)”, *ELR*, nº 6, 2007, pp. 216-223; ID., *Die Rechtsstellung des Unternehmens in grenzüberschreitenden Kartellverfahren: zur Tragweite des Grundsatzes ‘ne bis in idem’ im EG-Kartellsanktionsrecht*, Köln, 2009; M. BENEDETTI, “Il principio ne bis in idem nella materia anti-trust: il commento”, *Giornale di diritto amministrativo*, XIII, 3, 2007, pp. 287-295; B. VAN BOCKEL, “The ne bis in idem principle in the European Union legal order: between scope and substance”, *ERA-Forum*, 13, 3, 2012, pp. 325-347; M. BÖSE, “Der Grundsatz ‘ne bis in idem’ im Wettbewerbsrecht der Gemeinschaft und Art. 54 SDÜ”, *EWS*, 18, 5, 2007, pp. 202-210; S. BONI, “Précisions sur la délimitation des compétences de la Commission européenne et des autorités nationales de concurrence au sein du ‘REC’ et sur l’application du principe ne bis in idem: CJUE, 14 février 2012, Toshiba Corporation e.a. aff. C-17/10”, *Rev.aff.eur.*, 19, 1, 2012, pp. 183-190; J.H.J. BOURGEOIS, “Ne bis in idem and enforcement of EEA competition rules”, en *Economic law and justice in times of globalisation = Wirtschaftsrecht und Justiz in Zeiten der Globalisierung: Festschrift für Carl Baudenbacher*, Baden-Baden, 2007, pp. 313-318; S. BRAMMER, “Ne bis in idem im europäischen Kartellrecht: neue Einsichten zu einem alten Grundsatz”, *EuZW*, 24, 16,

#### IV. Análisis del artículo 9 de la Directiva 2014/104/UE

**23. Tercer eslabón:** La Directiva 2014/104/UE regula exclusivamente el *efecto vinculante de las decisiones nacionales* y no las de la Comisión Europea<sup>50</sup>. Como hemos visto, el art. 16.1 del R. 1/2003 prohíbe a los tribunales nacionales adoptar resoluciones incompatibles con las decisiones de la Comisión Europea. Por tanto, el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE equipara a las ANC del Estado en el que se plantee la acción de daños con la Comisión Europea en relación a los efectos de sus decisiones ante los tribunales nacionales. Dicho con otros términos, el art. 9 de la Directiva de daños por violación de las normas de competencia añadiría un *nuevo límite* a la *independencia del poder judicial*<sup>51</sup>. En efecto, esta norma amplía la competencia de las ANC en ciertos supuestos en que pasarán a ser las que decidan sobre los hechos y la constatación de la infracción. Se trata de una competencia paralela que afecta, por un lado, al ámbito administrativo y sancionador y, por el otro, al ámbito civil.

**24. Ahora bien,** el art. 9 de la Directiva de daños por infracción de las reglas de la competencia es sólo un *clon imperfecto* del art. 16.1 del R. 1/2003. En efecto, el ámbito del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE, como ha observado acertadamente J. RIFFAULT-SILK, es, por un lado, más estricto y, por otro, mayor que el art. 16.1 del R. 1/2003<sup>52</sup>. Su ámbito es más estricto; puesto que la decisión administra-

2013, pp. 617-622; A.-L. CALVO CARAVACA/M.P. CANEDO ARRILLAGA, “*Non bis in idem* en Derecho antitrust”, *Estudios de Deusto. Revista de la Universidad de Deusto*, segunda época, vol. 54/1, Enero-Junio 2006, pp. 11-39; L. CLÉMENT-WILZ, “Le principe non bis in idem en droit européen de la concurrence”, en *Le principe ne bis in idem*, Limal, 2012, pp. 107-121; F. COLAPINTO, “Ne bis in idem e sanzioni per intese restrittive della concorrenza”, *DPCE*, II, 2012, pp. 790-794; G. DANNECKER, “Der Grundsatz ‘ne bis in idem’ im deutschen und europäischen Kartellrecht”, en W. WEISS (Hrsg.), *Die Rechtsstellung Betroffener im modernisierten EU-Kartellverfahren: Vorträge des 1. Speyerer Kartellrechtsforums*, Baden-Baden, 2010, pp. 115-134; W. DEVROE, “How general should general principles be? Ne bis in idem in EU competition law”, en *General principles of EU law and European private law*, Alphen aan den Rijn, 2013, pp. 401-442; T. EILMANSBERGER, “‘Ne bis in idem’ und kartellrechtliche Drittstaatssanktionen. Zugleich Besprechung des EuG-Urteils vom 9.7.2003 – Rs. T-224/00 Archer Daniels Midland Company (ADM)”, *EWS*, 15, 2, 2004, pp. 49-55; G. DI FEDERICO, “EU competition law and the principle of ne bis in idem”, *European Public Law*, 17, 2, 2011, pp. 241-260; L. FRÉDÉRIC/G. ACCARDO, “Ne bis in idem, part ‘bis’”, *World Compet.*, 34, 1, 2011, pp. 97-112; W. FRENZ, “Ne bis in idem im Kartellrecht”, *EWS*, 25, 3, 2014, pp. 129-132; C. GAUER/E. PAULIS, “Le règlement n° 1/2003 et le principe du *ne bis in idem*”, *Concurrences*, n° 1, 2005, pp. 32-40; G. GAULARD, “Le principe non bis in idem en droit de la concurrence de l’Union”, *Cah.dr.eur.*, 49, 3, 2013, pp. 703-781; F.A. IMMENGA/A. JÜTTNER, “Geltung und Grenzen des Grundsatzes ne bis in idem im europäischen Kartellrecht: die EuGH-Entscheidung SLG Carbon”, *ZWeR*, 4, 4, 2006, pp. 400-411; A. KLEES, “Der Grundsatz ne bis in idem und seine Auswirkungen auf die Zusammenarbeit der Kartellbehörden im European Competition Network (ECN)”, *WuW*, 56, 12, 2006, pp. 1222-1230; N. KRUCK, *Der Grundsatz ne bis in idem im europäischen Kartellverfahrensrecht*, Frankfurt am Main, 2009; T. KUCK, “Die Anwendung des Grundsatzes ne bis in idem im europäischen Kartellrecht und seine Anwendung in internationalen Kartellverfahren”, *WuW*, 7-8, 2002, pp. 689-698; T. LIEBAU, “*Ne bis in idem*” in *Europa: zugleich ein Beitrag zum Kartellsanktionenrecht in der EU und zur Anrechnung dritstaatlicher Kartellsanktionen*, Wien, 2005; M. MESSINA, “The operation of ne bis in idem in the application of European Union competition law rules across the European Union: recent developments in the light of the Toshiba case”, *ERA-Forum*, 13, 2, 2012, pp. 163-171; H. MOCK, “Ne bis in idem: une locution dont le sens ne semble pas être le même à Luxembourg qu’à Strasbourg (arrêt C-436/04 de la Cour de justice des Communautés européennes, du 9 mars 2005, Leopold Henri Van Esbroeck)”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, 17, 67, 2006, pp. 635-645; B. MÜLLER/E. MÜLLER, “Ne bis in idem: Geldbußen und Kriminalstrafen für Submissionskartelle”, *wbl*, 28, 2, 2014, pp. 61-70; R. NAZZINI, “Fundamental rights beyond legal positivism: rethinking the ne bis in idem principle in EU competition law”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 2, 2, 2014, pp. 270-304; M. PETR, “The ne bis in idem principle in competition law”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 7, 2008, pp. 392-400; C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, pp. 1129-1135; M.F. PORTINCASA, “Il principio ne bis in idem nel diritto antitrust comunitario”, *Il diritto dell’Unione europea*, XII, 1, 2007, pp. 91-121; U. SOLTÉSZ/J. MARQUIER, “Hält ‘doppelt bestraft’ wirklich besser? Der ne bis in idem-Grundsatz im Europäischen Netzwerk der Kartellbehörden”, *EuZW*, 17, 4, 2006, pp. 102-107; E. VERGNANO, “Competenze parallele e ne bis in idem: principi concorrenti nella nuova regolamentazione antitrust”, *DPCE*, III, 2005, pp. 1429-1447; R. WERDNIK, “Aktuelle Entwicklungen im europäischen Kartellrecht zu ne bis in idem”, *RdW*, 30, 12, 2012, pp. 717-719; W.P.J. WILS, “The principle of the ne bis in idem in EC antitrust enforcement”, *World Compet.*, 26, 2, 2003, pp. 131-148; A. YOMERE, *Die Problematik der Mehrfachanktionierung von Unternehmen im EG-Kartellrecht*, Baden-Baden, Zürich, 2010; A. ZURIMENDI ISLA, “El concurso de normas en el derecho antitrust y el impacto del Reglamento CE 1/2003 en la materia”, *Gac.Jur.UE*, n° 244, 2006, pp. 77-83.

<sup>50</sup> Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, pp. 191-197; E.N. TRULI, “White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules: the binding effect of decisions adopted by national competition authorities”, *ECJ*, 5, 3, 2009, pp. 795-821.

<sup>51</sup> Vid., en general, H.-J. PAPIER, “Die richterliche Unabhängigkeit und ihre Schranken”, *NJW*, 2001, pp. 1089-1160.

<sup>52</sup> Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, pp. 192-193.



tiva (o de la jurisdicción jerárquicamente superior) tiene que ser *firme* para que tenga efecto vinculante ante los tribunales nacionales. Pero, al mismo tiempo, su ámbito es mayor; puesto que: 1º) El efecto vinculante de las decisiones administrativas que ponen fin a una infracción concurrencial no sólo alcanza a las que aplican el Derecho antitrust europeo (arts. 101 y 102 TFUE), sino también a las que aplican la legislación nacional del Estado miembro. 2º) El efecto vinculante de las decisiones administrativas en materia de libre competencia no sólo se predica de las resoluciones del propio Estado miembro, sino también de las resoluciones finales de los demás Estados miembros de la UE. Asimismo ambas normas persiguen un objetivo común, que es la eficacia del Derecho antitrust en Europa. Ahora bien, el art. 16.1 del R. 1/2003 se centra en la aplicación coherente del Derecho antitrust europeo y, por su parte, el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE busca mejorar la eficacia del Derecho antitrust en el ámbito civil, lo que permitirá alcanzar la eficacia del Derecho antitrust tanto en el ámbito administrativo como en el civil.

## 1. Resoluciones de la ANC del Estado miembro

25. El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE sigue precisamente el ejemplo del art. 16 del Reglamento 1/2003, aplicándolo a *private enforcement*. El objetivo del art. 9 es mejorar la seguridad jurídica, eficacia y eficiencia procesal de las demandas de reparación de daños por incumplimiento de las normas de competencia. En efecto, permitir a una empresa infractora volver a plantear las mismas cuestiones ante la jurisdicción civil que las planteadas en el procedimiento sancionador es ineficiente, aumenta costes del proceso judicial y, por supuesto, perjudica a la seguridad jurídica. Tal y como indica el Considerando 34, la Comisión Europea debe velar por la aplicación coherente del Derecho de la competencia de la UE, orientando a las ANC y evitando incoherencias en la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE, aumentando la efectividad y la eficiencia procedimental de las acciones por daños y así mejorar el funcionamiento del Mercado interior para las empresas y consumidores. Para cumplir con este objetivo, el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE establece que la constatación del incumplimiento de la norma antitrust en resoluciones firmes de una ANC no podrá volver a ser objeto de litigio. Se considerará que la *constatación de la infracción* ha sido establecida de modo *irrefutable* en relación a las acciones de daños iniciadas en el Estado miembro de la ANC que haya realizado dicha constatación.

26. Tal como ha subrayado la doctrina (*ad ex.*, J. RIFFAULT-SILK), la existencia de una *presunción* en una acción civil por daños, consistente en considerar que el hecho ilícito (= la infracción anticompetitiva) ha sido acreditado (por una decisión administrativa anterior que así lo declara o por una sentencia de un tribunal jerárquicamente superior a la ANC), tiene *dos importantes consecuencias*: sobre la competencia del juez civil y sobre los derechos de defensa de los demandados en la acción civil<sup>53</sup>.

27. Desde un punto de vista teórico, la anterior afirmación significa lo siguiente:

1º) Que el tribunal civil (o, en su caso, mercantil) del Estado de origen de la decisión administrativa (Estado *a quo*) no podrá cuestionar los *hechos ilícitos* declarados por ella –como, *ad ex.*, que hubo un cartel<sup>54</sup>: a) Su competencia se ve, pues, limitada: no puede conocer de hechos que previamente han sido vistos por una autoridad administrativa (= se limita la capacidad de juzgar del órgano judicial ordinario). b) Dicho con otros términos, no se trata de que el tribunal civil (o mercantil) no pueda suscitar de oficio la cuestión de si, en efecto, hubo o no tales hechos ilícitos anticoncurrenciales, sino que no podrá conocer de ellos y deberá darlos por supuestos; aunque el demandado del proceso civil los impugne ante él (= el límite de su ámbito jurisdiccional es independiente del régimen de impugnación [de oficio

<sup>53</sup> Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, pp. 193-195.

<sup>54</sup> Vid., en general, S. BECKER, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten im Schnittpunkt von Handlungsformenlehre und materiellem öffentlichem Recht: Dargestellt am Beispiel des gestuften Verfahrens im Atom- und Immissionsschutzrecht*, Berlin, Nomos, 1997; J. IPSEN, “Verbindlichkeit, Bestandskraft und Bindungswirkung von Verwaltungsakten”, *Die Verwaltung*, 1984, pp. 169-195; D. JESCH, *Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte*, Erlangen, Palm & Enke, 1956; F. NICKLISCH, *Die Bindung der Gerichte an gestaltende Gerichtsentscheidungen und Verwaltungsakte*, Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking, 1965; M. RANDAK, “Bindungswirkungen von Verwaltungsakten”, *JuS*, 1992, pp. 33-39.

/ a instancia de parte] de los hechos constatados por la decisión firme administrativa [o la sentencia del tribunal administrativo jerárquicamente superior]).

2º) Que el tribunal ordinario ante el que se plantea una demanda por daños y perjuicios derivados del incumplimiento del Derecho antitrust deberá velar por el *respeto de los derechos de defensa* de los demandados en el procedimiento administrativo previo (o en el proceso ante el tribunal administrativo jerárquicamente superior).

El control *a posteriori* de los derechos de defensa del demandado en la acción civil es el *precio a pagar* para que se justifique o admita la presunción de verdad de los hechos que se encuentran en la base de la demanda civil<sup>55</sup>. Entre otros, se consideran *derechos de defensa* la notificación de la apertura de un procedimiento sancionador por infracción de normas de competencia con tiempo suficiente para preparar el alegato correspondiente, el acceso al expediente, la efectiva posibilidad de discutir los hechos constitutivos de la infracción (*der Grundsatz des rechtlichen Gehörs*) conforme al *principio de igualdad de armas* de las partes (*fair trial*) y la posibilidad de recurrir la decisión final del procedimiento público sancionador ante una instancia independiente e imparcial (*der Grundsatz der Überprüfbarkeit der anzuerkennenden Entscheidung vor einer unabhängigen und unparteilichen Instanz*)<sup>56</sup>.

28. En realidad, ambos asuntos son reconducibles a una sola cuestión: *cuál es el ámbito o alcance de la vinculación*. Parafraseando una sentencia del Tribunal de apelación inglés, podríamos decir que la cuestión crucial se encuentra en averiguar el ámbito de la decisión de la ANC y es a esa cuestión a la que debemos dirigirnos ahora<sup>57</sup>.

### A) El alcance de la vinculación

29. Según el art. 9.1 de la Directiva 2014/104/UE, la empresa demandada en la acción civil no puede debatir ante el juez ordinario la decisión de la ANC en la que se basa la demanda. En particular, no puede litigar sobre *los hechos y la calificación jurídica* (desde el punto de vista del Derecho antitrust) que llevaron a dicha autoridad a razonar y concluir que hubo un comportamiento anticompetitivo<sup>58</sup>.

30. Ahora bien, el texto de este artículo de la Directiva puede resultar más complejo de lo inicialmente previsto; ya que no queda claro el *alcance de la vinculación*. En principio, el Considerando 34 indica que los efectos de la constatación se refieren a la *naturaleza de la infracción*, su *alcance material, personal, temporal y territorial*. No aclara si esto incluye, *ad ex.*, otros aspectos de la infracción como, *ad ex.*, la subida de precio provocada por un cartel (el sobrecoste). Además, el hecho de que se trate como *irrefutable* la constatación puede ser *contrario a una interpretación amplia* que abarque otros aspectos distintos del alcance material, personal, temporal y territorial<sup>59</sup>. Asimismo se trata de una modificación frente al art. 16.1. R. 1/2003; ya que el alcance del art. 16.1 del R. 1/2003 obliga al tribunal nacional a no adoptar una decisión contraria a la decisión de la Comisión Europea (*obligación negativa*); mientras que el art. 9 de la Directiva establece que el tribunal nacional está completamente vinculado a la decisión de la Comisión Europea (*obligación positiva*)<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> Vid. J. RIFFAULT-SILK, "Binding effect of NCA decisions...", pp. 193-194.

<sup>56</sup> Vid., *ad ex.*, D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen der Kommission sowie deutscher und mitgliedstaatlicher Kartellbehörden und Gerichte im deutschen Zivilprozess*, Köln, Heymann, 2010, p. 301; J. RIFFAULT-SILK, "Binding effect of NCA decisions...", p. 194.

<sup>57</sup> Vid. CAT, 5 julio 2012, *2 Travel Group Plc (In Liquidation) v Cardiff City Transport Services Limited*, Case Number: 1178/5/7/11, § 35 (disponible en [catribunal.org.uk](http://catribunal.org.uk) a 20 abril 2015): "The crucial question lies in ascertaining the ambit of the OFT Decision, and it is to that question we now turn". Sobre este caso, vid. K. DIETZEL/S. WISKING/M. HERRON, "Nearing the End of the Line in Cardiff Bus", *Competition Law Journal*, 11, 4, 2012, pp. 289-303; M. ISRAEL/N. DIMOPOULOS/M. WALTON, "United Kingdom: Private Antitrust Litigation", *The European Antitrust Review*, 2014, pp. 306-312, en particular pp. 310 y 312.

<sup>58</sup> Vid. J. RIFFAULT-SILK, "Binding effect of NCA decisions...", p. 193.

<sup>59</sup> J. DREXL ET AL. "European Commission-White Paper: Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules", Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper series N° 09-07, p. 6.

<sup>60</sup> Vid. D. ASHTON/D. HENRY/F.P. MAIER-RIGAUD/U. SCHWALBE, *Competition damages actions in the EU: law and practice*, Cheltenham, Elgar, 2013, p. 91.

31. En nuestra opinión, el art. 9.1 de la Directiva 2014/104/UE responde a las siguientes ideas:

32. 1ª) El *alcance material* se refiere, en principio, al *mismo acuerdo, decisión o práctica sancionados* por la decisión de la ANC o, interpuesto recurso, por la resolución de los órganos judiciales administrativos del Estado miembro: el tribunal civil debe verificar si la ANC efectivamente constató que los *hechos* en los que se basa la acción civil constituyen una *infracción* desde el punto de vista del Derecho antitrust (*ad ex.*, que las empresas demandadas fijaron precios / se repartieron los mercados y, por tanto, concluyeron un cartel prohibido por el art. 101 TFUE)<sup>61</sup>.

33. Tanto los tribunales de la UE como los tribunales de los Estados miembros subordinan el efecto vinculante de las decisiones administrativas sobre competencia al hecho de que los hechos ilícitos sancionados integren aquella parte de la decisión (o, en su caso, sentencia) que tenga el carácter de *ratio decidendi* y no meramente un valor marginal o de *obiter dictum*<sup>62</sup>. *Ejemplo 1*: STPI 12 octubre 2007, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH/Comisión*, T-474/04, *Rec.*, p. II- 04225, § 73: “[...] la aplicación de la jurisprudencia citada [...] presupone que la infracción comprobada figure al menos en la parte dispositiva de la decisión y que ésta se dirija a la empresa en cuestión, para que pueda impugnarla ante los tribunales. En efecto, procede recordar a este respecto que, tal como la propia Comisión ha alegado, cualquiera que fuese la motivación que fundamenta una decisión, tan sólo su parte dispositiva puede producir efectos jurídicos y, por tanto, lesivos. Por el contrario, las apreciaciones formuladas en los motivos de una decisión no pueden, por sí mismas, ser objeto de un recurso de anulación. La motivación solamente puede ser sometida al control de legalidad del juez comunitario en la medida en que, tratándose de la motivación de un acto lesivo, constituya el soporte necesario de la parte dispositiva de dicho acto (auto del Tribunal de Justicia de 28 de enero 2004, Países Bajos/Comisión, C-164/02, *Rec.* p. I-1177, apartado 21; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de marzo de 2003, CMA CGM y otros/Comisión, T-213/00, *Rec.* p. II-913, apartado 186), y si, más particularmente, esta motivación puede alterar la naturaleza de lo decidido en la parte dispositiva del acto en cuestión (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de noviembre de 2002, Lagardère y Canal+/Comisión, T-251/00, *Rec.* p. II-4825, apartados 67 y 68)”<sup>63</sup>. *Ejemplo 2*: Visto que el *efecto vinculante* supone un límite a las facultades de los tribunales nacionales para aplicar directamente el Derecho de la UE (en particular, los arts. 101 y 102 TFUE), la doctrina alemana viene sosteniendo una *interpretación restrictiva* (*eine restriktive Auslegung*) del art. 16.1 R. 1/2003, que se apoye en el tenor literal de la decisión y, en concreto, en su parte dispositiva: cualquier consideración que no guarde relación directa con la *ratio iuris* carecería de eficacia vinculante para los tribunales nacionales<sup>64</sup>. No es extraño, por tanto, que la sentencia OLG Düsseldorf 9 enero 2008, VI-U(Kart) 45/06, rechazase expresamente el efecto vinculante de unas afirmaciones de una decisión de la Comisión Europea que, en realidad, eran *obiter dicta*; puesto que no guardaban relación directa con la fundamentación jurídica que permitió a la Comisión resolver el fondo del asunto<sup>65</sup>. *Ejemplo 3*: A la luz del art. 480 CPC, la Corte de casación francesa ha declarado que la autoridad de la cosa juzgada no tiene lugar más que respecto a lo que ha constituido el objeto de una sentencia y ha sido resuelto en su parte dispositiva (“*l’autorité de la chose jugée n’a lieu qu’à l’égard de ce qui a fait l’objet d’un jugement et a été tranché dans son dispositif*”) (Cass. ass. plén., 13 marzo 2009, nº 08-16.033, *Bull. ass. plén.*, nº 3)<sup>66</sup>.

<sup>61</sup> Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, p. 194.

<sup>62</sup> Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, p. 194.

<sup>63</sup> Comentada por É. BARBIER DE LA SERRE, “Secret professionnel, présomption d’innocence et protection juridictionnelle effective”, *Revue Lamy de la Concurrence*, nº 14, 2008, pp. 93-95; P. CARDONNEL, “La présomption d’innocence s’oppose à la publication d’informations relatives à la participation à un cartel d’une entreprise dont la Commission n’a pas formellement établi la responsabilité dans le dispositif d’une décision mettant fin à une procédure d’infraction”, *Concurrences*, nº 1, 2008, pp. 165-166; L. TERMINIELLO, “Trasparenza, segretezza e presunzione d’innocenza”, *DPCE*, 2008, pp. 244-249; B.A. WALTER, “Was ist ein ‘Berufsgeheimnis’?, oder: Der ‘gute Ruf’ als Begrenzung von gemeinschaftsrechtlicher Transparenz”, *European Law Reporter*, 2008, pp. 9-13; B.W. WEGENER, “Von hinten durch die Brust ins Auge - Das EuG stärkt den Ehrschutz und die Unschuldsvermutung in der EU- Kartellaufsicht - in dogmatisch abenteuerlicher Art und Weise”, *EuR*, 2008, pp. 716-720.

<sup>64</sup> Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 45-46.

<sup>65</sup> Sentencia OLG Düsseldorf 9 enero 2008, VI-U(Kart) 45/06.

<sup>66</sup> Comentada por C. BRENNER/N. FRICERO (DIR.), *La nouvelle procédure d’appel*, 2ª ed., Paris, Éditions Lamy, 2011, p. 148;

34. Un problema improbable –pero no imposible– es el que pudiéramos denominar de las *pseudofollow-on actions* (= falsas acciones de seguimiento) o, si se prefiere, de las *criptofollow-on actions* (= acciones de seguimiento con base en hechos ocultos). Se trataría de aquéllos supuestos en que el demandante interpone una acción civil de recuperación de daños por infracción de las normas de competencia en virtud de una decisión administrativa de condena anterior, en la que no se constatan de manera clara y precisa cuáles son los hechos que le permitieron concluir al órgano administrativo que efectivamente se produjo un ilícito anticoncurrencial. En realidad, no estaríamos en presencia de una *follow-on action*, sino de una auténtica acción *stand alone* y como tal debe ser tratada. Así, *ad ex.*, la sentencia de la Court of Appeal 1 julio 2009, *English Welsh & Scottish Railway Ltd v Enron Coal Services Ltd* [2009] EWCA Civ 647, declaró que no era tarea de la Corte establecer la responsabilidad, sino del nexo de causalidad y del *quantum* después de haber identificado los hechos (constitutivos) de la infracción<sup>67</sup>.

35. 2ª) La Directiva tampoco aclara cuál es el *alcance subjetivo*: si se refiere sólo a la empresa o a las empresas que hayan sido sancionadas en el procedimiento administrativo o si alcanza también a otras empresas que hayan podido participar en la conducta o sean mencionadas en la decisión administrativa sancionadora, pero que finalmente no pudieron ser sancionadas (*ad ex.*, porque no se pasó de los indicios de prueba a las pruebas concluyentes o porque su conducta ilícita y consiguiente responsabilidad había prescrito). Cabe entender que el efecto vinculante de la decisión final sólo alcanzará en un tribunal ordinario a una empresa que haya sido destinataria de dicha decisión; es decir no podrá ser *sujeto pasivo* de una *follow-on action* más que la empresa que haya sido destinataria y, por consiguiente, *sujeto pasivo* también del procedimiento administrativo previo. Existe una buena razón para ello: sólo el sujeto destinatario de la decisión administrativa sancionadora ha podido ejercer efectivamente sus *derechos de defensa* en el transcurso del procedimiento administrativo y, en caso de que no hayan sido respetados, sólo él estará legitimado para interponer un recurso contra la decisión final basado en la lesión de los derechos de defensa. Dicho con otros términos, la existencia de una decisión sancionadora debe ser interpretada constitucionalmente: no hay tal, si no se respetaron los derechos de defensa o, dicho con otros términos, la empresa que no pudo ejercer su derecho de defensa se beneficia de la *presunción de inocencia*.

36. El Derecho comparado puede arrojar más luz a la hora de determinar el alcance subjetivo<sup>68</sup>. *Ejemplo 1*: En *Iberian UK Ltd v BPB industries*, el Juez Laddie declaró que: “A decision of the EU Commission addressed to a particular undertaking to the effect that the undertaking has committed breaches of Article 82, was binding on the undertaking, and could be relied on by third parties in national courts, so that the relevant undertaking could not deny that it had committed the infringements found by the Commission to have occurred”(High Court of Justice, Chancery Division, *Iberian UK Ltd v BPB Industries Plc and British Gypsum Ltd*, 1 enero 1996 [1997] ICR 164, [1996] 2 CMLR 601, [1997] EuLR 1)<sup>69</sup>. Los hechos que originaron este caso son los siguientes: La empresa Iberian UK importó en Gran Bretaña láminas de yeso procedentes de España que eran más baratas que las de BPB Industries Plc y British Gypsum Ltd, los dos mayores productores del Reino Unido. Como respuesta a la agresiva política comercial de estas últimas (fuertes descuentos a los minoristas que les compraran en exclusiva), las denunció ante la Comisión Europea por abuso de posición dominante (actual art. 102 TFUE). Condenadas por la Comisión y desestimados sus recursos ante el TPI y el TJCE, Iberian UK interpuso ante los tribunales británicos una acción civil por daños. Se planteó así ante éstos la cuestión de si la parte en un procedimiento nacional podía apoyarse en los hechos y cuestiones constatados por la Comisión, el TPI y el TJCE. *Ejemplo 2*: En el caso *Pergan*, la Comisión desestimó la solicitud de omitir determinados pasajes de la versión final publicada de una decisión por la que se declaraba una infracción del (actual) art. 101 TFUE. La cuestión central que se discutía

D. , 2010, p. 169, con nota de N. FRICERO; *Revue Trimestrielle Droit civil*, 2009, p. 366, con nota de R. PERROT; *JCP* 2009. II. 10077, con nota de Y.-M. SERINET.

<sup>67</sup> Sobre este caso, *vid.*, más adelante, epígrafe V, 2.

<sup>68</sup> *Vid.* J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, pp. 194-195.

<sup>69</sup> *Vid.* C. MITROPOULOS, “The English High Court’s judgment in *Iberia U.K. Ltd v (1) BPB Industries Plc and (2) British Gypsum Ltd*”, *Competition Policy Newsletter*, 2, 2, 1996, pp. 28-29.

era la de si la Comisión podía divulgar información que afectaba a la demandante mediante la publicación de una decisión no dirigida a ella. En concreto, Pergan pretendía la anulación de la decisión del consejero auditor que, en el marco de un procedimiento de aplicación de normas comunitarias de competencia, desestimó su solicitud de que se suprimiesen de la versión destinada a la publicación de una decisión, de la que no era destinataria y en la que se declaraba y se sancionaba una infracción de dichas normas, aquellos apartados de su motivación en los que se afirmaba su participación en la infracción durante un período amparado por la prescripción. El TPI se apoyó en la *presunción de inocencia* y el *secreto profesional* para dar la razón a la empresa recurrente frente a la Comisión (STPI 12 octubre 2007, *Pergan Hilfsstoffe für industrielle Prozesse GmbH/Comisión*, T-474/04, *Rec.*, p. II-04225, §§ 38 a 40 y 74 a 78)<sup>70</sup>. *Ejemplo*

<sup>70</sup> Los fundamentos jurídicos más importantes del caso Pergan son los siguientes: “74. Pues bien, en el caso de autos, resulta de cuanto antecede que, *con independencia de la cuestión de si procedía o no que la Comisión hiciese constar en la motivación de la Decisión peróxidos una infracción imputable a la demandante, ésta carecía de legitimación activa para impugnar esa Decisión, al no figurar dicha apreciación en la parte dispositiva. Por lo tanto, un recurso presentado por la demandante contra la Decisión peróxidos dirigido al control por parte del Tribunal de Primera Instancia del fundamento de las informaciones controvertidas hubiese sido inadmisibile*, en cualquier caso, aunque se hubiese interpuesto en el plazo previsto por el artículo 230 CE, párrafo quinto (véase, en este sentido, la sentencia *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, citada en el apartado 52 supra, apartado 150). / 75. Además, tal como alega la demandante, el alcance de la facultad de la Comisión para adoptar y publicar decisiones, sobre la base del Reglamento nº 17, y el alcance de la protección del secreto profesional deben interpretarse a la luz de los principios generales y de los derechos fundamentales que forman parte integrante del orden jurídico comunitario y, en particular, del principio de presunción de inocencia –tal como se reafirma en el artículo 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1)– que se aplica a los procedimientos relativos a violaciones de las normas de competencia aplicables a las empresas que pueden llevar a la imposición de multas o multas coercitivas (sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, *Hüls/Comisión*, C-199/92 P, *Rec. p. I-4287*, apartado 150; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2004, *JFE Engineering y otros/Comisión*, T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, *Rec. p. II-2501*, apartado 178, y *Sumitomo Chemical y Sumika Fine Chemicals/Comisión*, citada en el apartado 72 supra, apartados 104 y 105). / 76. Procede observar, además, que la *presunción de inocencia implica que toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. Se opone por lo tanto a toda declaración formal e incluso a toda alusión a la responsabilidad de una persona acusada de una infracción determinada en una resolución que ponga fin a las actuaciones, sin que esa persona haya podido contar con todas las garantías inherentes al ejercicio del derecho de defensa* en un procedimiento que siga su curso normal y que concluya con una resolución sobre la procedencia de la imputación (sentencia *Sumitomo Chemical y Sumika Fine Chemicals/Comisión*, citada en el apartado 72 supra, apartado 106). Por otra parte, la culpabilidad de una persona acusada de una infracción sólo está definitivamente declarada cuando la decisión que aprecia dicha infracción ha adquirido firmeza, lo cual implica, bien la falta de interposición de recurso contra dicha decisión por la persona afectada en los plazos previstos en el artículo 230 CE, párrafo quinto, bien, una vez interpuesto dicho recurso, la conclusión definitiva del procedimiento contencioso, en particular, mediante una resolución judicial que confirme la legalidad de dicha decisión. / 77. Por consiguiente, no pueden considerarse legalmente declaradas aquellas apreciaciones que no pudieron ser impugnadas ante los tribunales comunitarios por la persona inculpada, a pesar de que ésta refute su fundamento. En efecto, el hecho de privar a dichas apreciaciones de todo control jurisdiccional y, por tanto, de una posible corrección por parte del juez comunitario en caso de ilegalidad de aquéllas, viola manifiestamente el principio de presunción de inocencia. Cualquier otra interpretación llevaría a infringir el sistema de reparto de funciones y el equilibrio institucional entre los poderes administrativo y judicial, desde el momento en que, en caso de impugnación, corresponde únicamente a este último resolver definitivamente sobre la existencia de elementos suficientes que permitan determinar la responsabilidad de una empresa por la infracción de las normas de competencia. / 78. El Tribunal de Primera Instancia considera, además, que *en la medida en que las apreciaciones de la Comisión relativas a una infracción cometida por una empresa pueden eludir la aplicación del principio de presunción de inocencia, éstas deben, en principio, ser consideradas confidenciales para el público y, por consiguiente, están amparadas, por su propia naturaleza, por el secreto profesional*. Este principio se deriva, en particular, de la necesidad de respetar la reputación y la dignidad de la persona en cuestión en tanto que la misma no ha sido condenada definitivamente (véase, por analogía, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2006, *BASF/Comisión*, T-15/02, *Rec. p. II-497*, apartado 604). El carácter confidencial de tales elementos se confirma por el artículo 4, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 1049/2001, según el cual se protegen las informaciones cuya divulgación suponga un perjuicio para la protección de la intimidad y la integridad de la persona. Por último, el carácter confidencial de estas informaciones no puede depender de que tengan o no carácter probatorio, y en qué medida, en el marco de un litigio nacional” (las cursivas son nuestras). Sobre el caso Pergan, vid. É. BARBIER DE LA SERRE, “Secret professionnel, présomption d’innocence et protection juridictionnelle effective”, *Revue Lamy de la Concurrence*, nº 14, 2008, pp. 93-95; P. CARDONNEL, “La présomption d’innocence s’oppose à la publication d’informations relatives à la participation à un cartel d’une entreprise dont la Commission n’a pas formellement établi la responsabilité dans le dispositif d’une décision mettant fin à une procédure d’infraction”, *Concurrences*, nº 1, 2008, pp. 165-166; L. TERMINIELLO, “Trasparenza, segretezza e presunzione d’innocenza”, *DPCE*, 2008, pp. 244-249; B.A. WALTER, “Was ist ein ‘Berufsgeheimnis’?, oder: Der ‘gute Ruf’ als Begrenzung von gemeinschaftsrechtlicher Transparenz”, *European Law Reporter*, 2008, pp. 9-13; B.W. WEGENER, “Von hinten durch die Brust ins Auge - Das EuG stärkt den Ehrschutz und die Unschuldsvermutung in der EU- Kartellaufsicht - in dogmatisch abenteuerlicher Art und Weise”, *EuR*, 2008, pp. 716-720.

3: La sentencia KG Berlin 1 octubre 2009, Az. 2 U 10/03 Kart, anuló la sentencia del Tribunal regional (LG Berlin 23 mayo 2003 - 102 O 129/02), y reconoció el derecho a indemnización de un demandado del proceso civil, que figuraba en una decisión de condena por la que la ANC alemana (el *Bundeskartellamt*) imponía multas a los participantes en un cartel y nombraba al demandado, aunque no en la parte dispositiva de su resolución: destinatario de la resolución administrativa había sido sólo el director (común) a las cuatro compañías implicadas<sup>71</sup>. *Ejemplo 4*: El § 33.4 de la Ley de Defensa de la Competencia Alemana (en adelante, GWB) prevé expresamente que la vinculación sólo se aplique a los sujetos a los que se dirige la decisión sancionadora<sup>72</sup>. De esta forma, *ad ex.*, puede que la vinculación respecto a hechos establecidos con respecto a la sociedad matriz de un grupo no se extienda a sus filiales.

Por tanto, aunque la Directiva no lo prevea expresamente, la vinculación no debería ir más allá del sujeto de la decisión sancionadora.

**37. 3ª)** El *alcance temporal y territorial* será el mismo que el recogido en la decisión. Así se determinará la duración y mercado afectado por la conducta. De esta forma, el demandante o perjudicado tendrá que acreditar en la acción civil que había actuado en el mercado afectado en el periodo de duración de la conducta, *ad ex.*, comprando productos con un sobreprecio originado por el cartel. El ámbito territorial coincidirá con la jurisdicción de la ANC que haya adoptado la decisión sancionadora.

**38. 4ª)** Por otra parte, aunque se limite la vinculación al alcance material, personal, temporal y territorial de la conducta, será probable que los tribunales consideren *otros aspectos* recogidos en la decisión sancionadora como, *ad ex.*, el grado de afectación de un mercado, por lo menos como un *principio de prueba* (*Anscheinsbeweis*). *Ejemplo*: En 1996, la sociedad francesa Central Parts denunció ante la Comisión Europea a JCB Service Ltd, sociedad holding de Derecho inglés, acusándola de dirigir un grupo de sociedades que rehusó venderle maquinaria, infringiendo el [actual] art. 101 TFUE. Las instituciones comunitarias, en efecto, condenaron al grupo británico y a sus concesionarios de Reino Unido, Irlanda, Francia e Italia (Déc. Comm. CE n° C(2000) 3887, 21 diciembre 2000, COMP.F.1/35.918 – *JCB*, confirmada por sentencia TPI 13 enero 2004, T-67/01, y sentencia TJCE 21 septiembre 2006, C-167/04 P). Central Parts interpuso una acción de indemnización ante el Tribunal de comercio de Orleans en 2004. Tras varias peripecias procesales, la Corte de Apelación de París señaló lo siguiente: Primero: La *relación entre la infracción anticompetitiva y la falta civil generadora de la obligación de reparar*. En opinión del Tribunal, en virtud del art. 16 R. 1/2003, “las infracciones a la legislación comunitaria constituyen faltas civiles según el Derecho civil”; bien entendido que esta regla –que se justifica por la supremacía del Derecho de la UE sobre la legislación de los Estados miembros– no es extrapolable al ámbito nacional, donde las decisiones de la ANC no pueden vincular a los tribunales, dada la independencia del poder judicial, aunque, de ordinario, tengán de ellas “la mayor consideración”. Por otra parte, el hecho de que no existiera una condena previa de las filiales de JCB Service, no impide a la jurisdicción nacional apreciar en virtud de los elementos que le fueron sometidos que dichas filiales participaron en un cartel, un hecho ilícito que fue posible; porque una de las empresas del grupo tomó una decisión que las otras ejecutaron. Esto –añade el Tribunal de apelación– justificaría que se les condenara a pagar solidariamente el perjuicio sufrido por Central Parts. Efectivamente, las empresas filiales no negaron su participación en los hechos. Segundo: El *vínculo entre la falta y el daño*. Con gran rapidez y pragmatismo, el Tribunal de apelación concluyó que evidentemente la negativa de la red comercial tejida por el grupo británico JCB a venderle maquinaria a Central Parts no pudo más que causarle gastos necesarios para hacerse con ella de cualquier otra manera (CA Paris, pôle 5, ch. 4, 26 junio 2013, n° RG: 12/04441, *JC Bamford [JCB]*)<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> Vid. sentencia KG Berlin, 1 octubre 2009 – 2 U 10/03 Kart – *Transportbeton*, WuW/E DE-R 2773. Sobre este mismo caso, sentencia BGH 8 junio 2010 - KZR 45/09.

<sup>72</sup> Correctamente, en aplicación del § 33.4 GWB, sentencia LG Köln, 17 enero 2013, 88 O 1/11, FJ 196. Vid. E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, p. 595.

<sup>73</sup> Vid. S. CHOLET, “Influence limitée de la procédure de concurrence sur l’action indemnitaire”, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 37, Octubre 2013, pp. 33-34.

39. 5ª) Por último, aunque se limite la vinculación al alcance material, personal, temporal y territorial de la conducta, la empresa infractora no podrá cuestionar *aspectos adicionales* de la decisión sancionadora, una vez sea firme<sup>74</sup>.

## B) La existencia de dolo o culpa

40. Construidas a imagen y semejanza del Derecho antitrust estadounidense, las acciones de seguimiento (*follow-on suits*) requieren, *grosso modo*, que se acrediten tres extremos: la existencia de una infracción de las reglas de competencia (*the fault*), un daño (*existence of harm*) y el nexo de causalidad entre el ilícito anticoncurrencial y el daño causado a quien interpone la demanda de compensación (*the link of causation between the fault and the harm*)<sup>75</sup>. Ahora bien, en los sistemas jurídicos europeo-continental la responsabilidad extracontractual o aquiliana exigía, de ordinario, que hubiese culpa (dolo o negligencia): *punitur quia peccatum est*<sup>76</sup>. Cabe, pues, preguntarse si ésta debe ser también acreditada para que el juez estime la demanda de compensación de daños. El problema, que es de la mayor enjundia teórica, ha sido resuelto, sin embargo, con gran pragmatismo por algunos de los Estados europeos. *Ejemplo 1*: En Francia, la culpa se presume de manera irrefutable tan pronto se prueba el acto ilícito<sup>77</sup>. *Ejemplo 2*: En Alemania, el derecho a la compensación (§ 33.3, primera frase, GWB) requiere que haya habido dolo o negligencia en la comisión de la infracción (*Schuldprinzip*)<sup>78</sup>; sin embargo, la doctrina alemana llega a la misma conclusión que la francesa a este respecto, si bien con un pensamiento más elaborado. En efecto, aunque es un tema no exento de polémica, los autores alemanes emplean toda una batería de argumentos: Primero: La exigencia de culpa ni se refiere al hecho del daño ni a su alcance. Segundo: El incumplimiento del Derecho antitrust europeo no exige este requisito de culpa. Tercero: Aun así, este hipotético requisito de culpa se cumple normalmente en caso de una infracción de las normas de competencia. Cuarto: por último, en la práctica, no suele plantearse un *error de derecho no imputable* (*nicht vorwerfbarer Rechtsirrtum*) en el caso de las conductas anticompetitivas más graves (*hardcore cartels*)<sup>79</sup>.

Por último, en España no se hace del tema una cuestión, sino que se considera que “[p]or lo que respecta a la culpa del demandado, hay que tener en cuenta que la simple comisión de una conducta ilícita contraria a las normas de competencia, encierra normalmente un comportamiento doloso por sus agentes”<sup>80</sup>.

En definitiva, parece que el Derecho europeo de la competencia ha experimentado —o está a punto de hacerlo— la misma evolución de los sistemas jurídicos europeos de *civil law*, que parcialmente han pasado de la regla “no hay responsabilidad sin culpa” a la regla “que todo daño quede reparado”<sup>81</sup>.

<sup>74</sup> Para el supuesto de que haya un procedimiento nacional iniciado que aún no ha dado origen a una resolución sobre el fondo o la decisión recaída aún no sea firme, *vid.* J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “Patentes farmacéuticas...”, pp. 197-198.

<sup>75</sup> *Brunswick Corp. v. Pueblo Bowl-O-Mat, Inc.*, 429 U.S. 477 (1977). *Vid.* E.T. SULLIVAN/J.L. HARRISON, *Understanding Antitrust and its Economic Implications*, 3ª ed., New York, San Francisco, Matthew Bender & Co., Inc., 1998, p. 38.

<sup>76</sup> *Vid.*, *ad ex.*, P. CENDON, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, Giappichelli, 1976; M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Editorial Dykinson, 2001, pp. 217-251; B. WINIGER, *La responsabilité aquilienne au 19ème siècle: damnum iniuria et culpa datum*, Genève, Zurich, Bâle, Schulthess, 2009.

<sup>77</sup> *Vid.* C. PRIETO, “Les enseignements de l’expérience américaine...”, p. 54.

<sup>78</sup> *Vid.*, *ad ex.*, V. EMMERICH, “§ 33 Unterlassungsanspruch...”, en especial p. 1072.

<sup>79</sup> *Vid.* V. EMMERICH, “Neue Grenzen der Deliktshaftung für Marktmachtmissbrauch?”, *AG*, 2001, pp. 520-527, en especial pp. 526-527; *Id.*, “§ 33 Unterlassungsanspruch...”, p. 1072; T. LETTL, “Der Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB i.V. mit Art. 81 EG”, *ZHR*, 167, 2003, pp. 473-493, en especial pp. 484-485; E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, pp. 566-567 y 595; W.-H. ROTH, “Zivilrechtliche Durchsetzung des europäischen Kartellrechts: nationales Zivil- und Zivilprozessrecht unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts”, en *Festschrift für Walter Gerhardt*, Köln, RWS-Verlag Kommunikationsforum, 2004, pp. 815-837, en especial p. 830; H. WEYER, “Gemeinschaftsrechtliches Verbot und nationale Zivilrechtsfolgen: eine Untersuchung am Beispiel der Artikel 81, 82 EG-Vertrag”, *ZEuP*, nº 3, 1999, pp. 424-468, en especial pp. 428-429; W. WURMNEST, “Zivilrechtliche Ausgleichsansprüche von Kartellbeteiligten bei Verstößen gegen das EG-Kartellverbot”, *RIW*, 2003, pp. 896-900, en especial p. 898.

<sup>80</sup> *Vid.* E. OLMEDO PERALTA, “La reclamación de daños sufridos por los consumidores...”, p. 184.

<sup>81</sup> *Vid.* M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil...*, p. 219. Entre la literatura especializada, *ad ex.*, P. AKMAN, “The role of intent in the EU case law on abuse of dominance”, *Eur.L.Rev.*, 39, 3, 2014, pp. 316-337; R.A. CASS/K.N. HYLTON, “Antitrust intent”, *Southern California Law Review*, 74, 3, 2001, pp. 657-745; M. LAO, “Reclaiming a role for intent evidence in monopolization analysis”, *American University Law Review*, 54, 1, 2004, pp. 151-213.

## 2. Resoluciones de las ANC de otros Estados miembros

41. En virtud del art. 9.2. de la Directiva 2014/104/UE, las constataciones realizadas por las ANC de otros Estados miembros en resoluciones firmes deberán considerarse, al menos, como un *principio de prueba* de la existencia de una infracción del Derecho de la competencia ante los tribunales de otros Estados miembros, pudiendo estos valorarla junto con otras pruebas que presenten las partes.

42. Este apartado ha provocado, durante su desarrollo legislativo, una gran controversia. Hasta tal punto ha sido esto así que su alcance se ha limitado en comparación con la propuesta inicial de la Comisión Europea de 11 junio 2013, que planteaba la vinculación por igual de las resoluciones firmes nacionales o de otros Estados miembros<sup>82</sup>. Como ha recordado C. PRIETO, la Comisión sostuvo que no existe ninguna razón para que una decisión definitiva que constata una infracción de los arts. 101 y 102 TFUE no sea aceptada en todo Estado miembro como una prueba irrefutable, dado que las decisiones de las ANC pueden ser objeto de control jurisdiccional, y es la solución más acorde con la coherencia jurídica y la economía de procedimientos (= evitar que adopten una decisión en una demanda de reparación por daños que iría contra otra con la que el demandado haya agotado todos los recursos)<sup>83</sup>. Es más, existe una poderosa razón –como ha apuntado L. IDOT– a favor del reconocimiento de las decisiones procedentes de otros Estados miembros de la UE en caso de violación de los arts. 101 y 102 TFUE: la propia lógica europea –el *principio del reconocimiento mutuo*– que conduce a inclinarse por el marco geográfico más amplio posible, visto que, en el caso extremo de que una ANC extranjera adoptase una decisión contraria a los principios del Derecho europeo, cabría la posibilidad de que la Comisión interviniese en virtud del art. 11.6 del R. 1/2003<sup>84</sup>. Esta opción podría haber provocado situaciones de *forum shopping*; ya que los demandantes hubieran podido utilizar la decisión de un Estado miembro ante cualquier tribunal europeo<sup>85</sup>. Sin perjuicio de esto, el alcance actual del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE se refiere al *principio de prueba* o *Anscheinsbeweis* como un mínimo indispensable. Los Estados miembros siempre podrán optar por darle mayor valor o peso a las resoluciones de las autoridades nacionales de otros Estados miembros, como ya se realiza en algunos de ellos, tales como Alemania, que se describen a continuación.

## 3. El nexo causal entre comportamiento y daño

43. No hay indemnización sin daño. Tampoco hay indemnización sin nexo causal entre el comportamiento y el daño; es decir, el evento dañoso o, simplemente, el daño debe haber sido provocado por el hecho ilícito y no ser el resultado de otra causa. Como recuerda la sentencia de la Corte de casación italiana de 2 febrero 2007, n° 2305, en el *caso Nigriello*, “el nexo causal es elemento estructural del ilícito”<sup>86</sup>. En consecuencia, para otorgar la reparación por daños, el tribunal civil tiene que verificar que la conducta anticompetitiva ilícita ha causado un daño a la víctima que ha interpuesto la acción judicial<sup>87</sup>. En principio, nadie discute que el daño deba ser “directo, real y determinado” (*direct, actual and certain*)<sup>88</sup>. Tampoco se discute que la verificación de la relación de causalidad entre el hecho ilícito

<sup>82</sup> El punto de vista de la Comisión puede consultarse en Livre blanc, “Actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante”, abril 2008, página web de la Comisión, Doc. COM (2013) 404 final.

<sup>83</sup> Vid. C. PRIETO, “Les enseignements de l’expérience américaine...”, p. 54.

<sup>84</sup> Vid. L. IDOT, “Sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles: Rapport de synthèse”, *Concurrences*, n° 2, 2007, pp. 91-98, en p. 94.

<sup>85</sup> F. CANTOS/E. CARRERA/P. GONZALO, “La aplicación privada del Derecho de la Competencia en España y en el Derecho Comparado; la propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita”, *Gac.Jur.UE*, 21 noviembre 2013.

<sup>86</sup> Sobre este caso, *vid.* epígrafe V, 5.

<sup>87</sup> Según la Corte de casación italiana, “*il giudice potrà desumere l’esistenza del nesso causale [...] anche attraverso criteri di alta probabilità logica o per il tramite di presunzioni, senza però omettere di valutare gli elementi di prova offerti dall’assicuratore che tenda a provare contro le presunzioni o a dimostrare l’intervento di fattori causali diversi, che siano stati da soli idonei a produrre il danno, o che abbiano, comunque, concorso a produrlo*”.

<sup>88</sup> Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, p. 195.



(proclamado por la decisión administrativa que se pretende hacer valer) escapa al ámbito de aplicación del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE. Lo que se debate es otra cuestión: si esta norma incide, de alguna manera, en la prueba de la existencia del mencionado nexo causal; es decir, si existe alguna presunción que pueda inferirse de la decisión administrativa en la que se basa la *follow-on action*, si es *iuris tantum* o *iuris et de iure* o si, por el contrario, no existe ninguna presunción, la víctima es libre de aportar cualesquiera clase de pruebas haya a su alcance y el juez es libre de valorarlas.

#### 44. Para despejar esta cuestión, debieran distinguirse *dos hipótesis*:

1ª) Que la decisión administrativa de la ANC (o, en su caso, la sentencia del tribunal administrativo jerárquicamente superior) proclame que hubo un *abuso de posición dominante* (art. 102 TFUE) o que hubo un acuerdo colusorio que tuvo por *efecto* alterar la competencia en el interior del Mercado, afectando al comercio intracomunitario (art. 101.1 TFUE): En ambos casos, habrá una presunción *iuris et de iure* a favor de la existencia del daño causado por el hecho ilícito. Otra cosa es que el demandante deba probar que, en concreto, él se encuentra dentro del círculo de víctimas causado por la conducta anticompetitiva. Pero ésta es otra cuestión.

2ª) Que la decisión administrativa o contencioso-administrativa en que se base la acción de indemnización por daños se limite a señalar que hubo una entente que meramente tuvo por *objeto* falsear la competencia en el Mercado interior y afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE (art. 101.1 TFUE)<sup>89</sup>. ¿Cabría pensar que toda entente que tiene sólo “por objeto” alterar la competencia causa

<sup>89</sup> Sobre la distinción entre “objeto” y “efecto” de un acuerdo colusorio, *vid., ad ex.*, D. BAILEY, “Restrictions of competition by object under Article 101 TFEU”, *C.M.L.Rev.*, 49, 2, 2012, pp. 559-599; C. BENATTI, “Infrazioni per oggetto e infrazioni per effetto in materia di concorrenza”, *R. d. agr.*, LXXXVIII, 4, 2009, parte II, pp. 325-335; V. CERULLI IRELLI, “Article 81(1) EC: some remarks on the notion of restriction of competition”, *Eur.Bus.L.Rev.*, 20, 2, 2009, pp. 287-306; J. COSTAS COMESAÑA, “El concepto de restricciones de la competencia por objeto y su aplicación a los intercambios de información entre competidores”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, 30, 2009-2010, pp. 167-182; V. EMMERICH/D. ZIMMER, “Art. 101 Abs. 1 AEUV”, en IMMENGA/MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, Band 1 (EU), ParteTeil 1 (*Kommentar zum Europäischen Kartellrecht*), 5ª ed., München, Verlag C.H. Beck, 2012, pp. 147-310, en pp. 231-237; D. FIEBIG, “Die bezweckte Wettbewerbsbeschränkung in der jüngeren Anwendungspraxis von Kommission und europäischen Gerichten”, *WuW*, 5, 2015, pp. 462-479; W. FRENZ, “Bezweckung einer Wettbewerbsbeeinträchtigung bei Gebietsabgrenzungen”, *WuW*, 63, 1, 2013, pp. 41-44; A. FUCHS, “Neue Entwicklungen beim Konzept der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 81 Abs. 1 EG”, *ZWeR*, 5, 4, 2007, pp. 369-393; D.M.B. GÉRARD, “The effects-based approach under Article 101 TFEU and its paradoxes: modernisation at war with itself?”, en J.H.J. BOURGEOIS/D.F. WAELBROECK (ÉDS.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law: state of play and perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 17-41; J. GOYDER, “Cet obscur objet: object restrictions in vertical agreements”, *J.E.C.L. & Pract.*, 2, 4, 2011, pp. 327-339; C. GRAHAM, “Methods for determining whether an agreement restricts competition: comment on Allianz Hungária”, *Eur.L.Rev.*, 38, 4, 2013, pp. 542-551 (también en *European Current Law Year Book*, 2013, pp. 1141-1150); J. HERTFELDER, “Die ‘bewirkte Wettbewerbsbeschränkung’ in Artikel 101 Absatz 1 AEUV und der more economic Approach”, en S. BECHTOLD/J. JICKELI/M. ROHE (HRSG.), *Recht, Ordnung und Wettbewerb: Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel*, Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 281-291; L. IDOT, “Prise de position de la Cour de justice des Communautés européennes sur la notion d’‘accord ayant un objet anticoncurrentiel’: CJCE, 20 novembre 2008, aff. C-209/07, Competition Authority c/ Beef Industry Development Society Ltd, Barry Brothers Meats Ltd”, *Revue des contrats*, 1, 2009, pp. 113-116; ID., “La Cour de justice revient une nouvelle fois sur la notion d’‘objet anticoncurrentiel’: CJUE, 1re ch., 14 mars 2013, n° C-32/11, Allianz Hungária Biztosító”, *Revue des contrats*, 3, 2013, pp. 955-959; R. INDERST, “Überlegungen zu Nachwirkungen von Kartellen”, en *Schwerpunkte des Kartellrechts 2012: Referate des 40. FIW-Seminars*, Köln, FIW-Schriftenreihe, Heft 240, 2012, pp. 77-90; R. INDERST/Z. JAKUBOVIC, “Nachwirkungen von Kartellen”, *WuW*, 63, 1, 2013, pp. 5-17; A. JONES, “The journey toward an effects-based approach under Article 101 TFEU: the case of hardcore restraints”, *Antitrust Bull.*, 55, 4, 2010, pp. 783-818; L. KÄIS, “Regulating EU information exchange: no further restrictions by object but enough room for safe harbours”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 7, 2013, pp. 352-358; J. KILLICK/P. BERGHE, “Applying a by object test to patent settlements is very different from the rule of reason”, *Concurrences*, n° 2, 2014, pp. 21-24; T. KUHN, “Die Abgrenzung zwischen bezweckten und bewirkten Wettbewerbsbeschränkungen nach Art. 101 AEUV”, *ZWeR*, 12, 2, 2014, pp. 143-168; C. LEMAIRE, “Object vs. effect after the modernisation of EU have changed?”, en *New frontiers of antitrust 2012*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 163-182; E.M.H. LOOZEN, “The application of a more economic approach to restrictions by object: no revolution after all (T-Mobile Netherlands (C-8/08))”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 31, 4, 2010, pp. 146-150; ID., “The workings of Article 101 TFEU in case of an agreement that aims to limit parallel trade (GlaxoSmithKline Services (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P and C-519/06 P))”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 31, 9, 2010, pp. 349-353; C.I. NAGY, “The distinction between anti-competitive object and effect after Allianz: the end of coherence in competition analysis?”, *World Compet.*, 36, 4, 2013, pp. 541-564; A. ORTEGA GONZÁLEZ, “Restrictions by object and the appreciability test: the Expedia case, a surprising judgment or a simple clarification?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 9, 2013, pp. 457-465; J. PAFFARINI, “L’irrelevanza del grado di significatività della restrizione prodotta dall’accordo avente un oggetto anticoncorrenziale ai fini dell’applicazione della normativa comunitaria antitrust”, *DPCE*, II, 2013, pp. 708-712;

efectivamente un daño? Quizá sea excesivo. Pero sostener lo contrario sería ingenuo. Por eso, en nuestra opinión, una solución equilibrada a este problema sería la de considerar que la resolución administrativa origen de la acción por responsabilidad civil extracontractual permite suponer, con posibilidad de prueba en contrario por el demandado, que se produjo un daño. Mientras que la primera hipótesis –como hemos visto– estaría cubierta por una presunción *iuris et de iure* favorable a las víctimas; la segunda hipótesis sólo estaría respaldada por una presunción *iuris tantum*. Nos parece una solución prudente que fue seguida por la sentencia de la Corte de casación italiana de 2 febrero 2007, n° 2305, en el caso *Nigriello*: De un hecho ilícito anticoncurrencial (el intercambio de información entre compañías aseguradoras rivales), el tribunal de apelación de Nápoles infirió *in re ipsa* que se había producido un daño que justificaba la interposición de una demanda de indemnización por daños (la pérdida de la posibilidad de obtener una póliza en mejores condiciones, si el mercado no hubiera sido alterado por una conducta anticompetitiva)<sup>90</sup>. Por el contrario, la Corte de casación sostuvo que, si bien es cierto que el nexo de

---

C. PRIETO, “La généralisation de l’analyse fondée sur les effets (ententes et abus de position dominante)”, *Petites affiches*, 396, 239, 2007, pp. 8-23; A. SVETLICINI, “‘Objective justifications’ of ‘restrictions by object’ in Pierre Fabre: a more economic approach to Article 101(1) TFEU? (Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS vs. Président de l’Autorité de la concurrence, Ministre de l’économie, de l’industrie et de l’emploi, ECJ, (Third Chamber), judgment of 13 October 2011, C-439/09)”, *ELR*, n° 11, 2011, pp. 348-353; C. VILMART, “Restrictions de concurrence par objet: la Cour de Paris invite la Cour de justice à la règle de raison”, *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, n° 49, 2009, pp. 3-7; D.F. WAELBROECK/D. SLATER, “The scope of object vs. effect under Article 101 TFEU”, en J.H.J. BOURGEOIS/D.F. WAELBROECK (EDS.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law: state of play and perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 131-157; P. WILHELM/E. PROVOST, “La Cour de justice précise la notion d’objet contenue dans l’article 81 CE et impose le niveau de preuve des pratiques concertées requis”, *Revue Lamy droit des affaires*, n° 41, 2009, pp. 45-49; C. WOLF, “Bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen nach dem Urteil ‘Groupement des cartes bancaires’”, *NZKart*, 3, 2, 2015, pp. 78-85.

<sup>90</sup> Según la Corte de casación italiana, con su actitud, el Tribunal de apelación de Nápoles llegó casi a avalar una “tesis aberrante”: al no limitarse a considerar los elementos de prueba “*esclusivamente ed acriticamente sul mero contenuto del provvedimento amministrativo, quasi ad avallare l’aberrante tesi che il danno sia in re ipsa. Tesi tanto più insostenibile se si tiene conto del fatto che il provvedimento antitrust in questione (e le pronunzie dei giudici amministrativi che lo hanno confermato) si limita all’accertamento dell’illiceità dello scambio di informazioni, ponendo in termini di mera potenzialità l’alterazione del gioco concorrenziale e, dunque, l’aumento dei prezzi praticati al consumatore finale*”. Por otra parte, el intercambio de información sensible –que era el tema espinoso que se hallaba en el origen del caso– ha sido ya estudiado por nutrida y profunda doctrina. *Vid.*, *ad ex.*, V. AURICCHIO, “Contacts between competitors: developments under Italian competition law”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 31, 4, 2010, pp. 167-173; G. BELOTTI/E. GAMBARARA, “La (il)liceità dello scambio di informazioni sensibili nel diritto antitrust con particolare riferimento allo scambio e all’acquisto di informazioni tramite società terze”, *Dir.comunit.scambi int.*, L, 3, 2011, pp. 523-540; M. BENNETT/P. COLLINS, “The law and economics of information sharing: the good, the bad and the ugly”, *ECJ*, 6, 2, 2010, pp. 311-337; T. BJÖRKROTH, “Exchange of information and collusion: do consumer switching costs matter?”, *ECJ*, 6, 1, 2010, pp. 179-196; A.D. BLATTMANN, *Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern: eine kartellrechtliche Beurteilung*, Baden-Baden, Nomos, 2012; A. CAPOBIANCO, “Information exchange under EC competition law”, *C.M.L.Rev.*, 41, 5, 2004, pp. 1247-1276; J. COSTAS COMESAÑA, “El concepto de restricciones de la competencia por objeto y su aplicación a los intercambios de información entre competidores”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, 30, 2009-2010, pp. 167-182; G. DAVID/U. SCHLISSNER, “Reach joint authorization scenarios: when does competition law limit information exchange?”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 36, 1, 2015, pp. 30-38; M. DREHER/J. HOFFMANN, “Kartellrechtsverstöße durch Informationsaustausch? Die neue kartellrechtliche Praxis und Rechtsprechung zum Informationsaustausch”, *WuW*, 61, 12, 2011, pp. 1163-1164 y 1181-1196; M. DREHER/J. KÖRNER, “Die einseitige Offenlegung von Informationen gegenüber einem konkurrierenden Lizenzvertragspartner: die kartellrechtliche Beurteilung nach Art. 101 AEUV”, *WuW*, 63, 2, 2013, pp. 104-116; U. EDELMANN, “Der Informationsaustausch zwischen Mitbewerbern: ein kartellrechtlicher Problemaufriss aus Anlass der Entscheidungen des EuG T-587/08 und T-588/08”, *wbl*, 27, 12, 2013, pp. 665-673; A. FRIGNANI, “Lo scambio di informazioni nella comunicazione della Commissione sugli accordi di cooperazione orizzontale”, 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 between EU law and national law*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 449-470; S. GAMBUTO, “Lo scambio di informazioni nella giurisprudenza antitrust e nella prassi decisionale delle autorità nazionali della concorrenza europee e della Commissione: per una critica del caso IAMA in ottica comparata”, *Dir.commun. int.*, 26.3, 2012, pp. 519-538; S. GRASSANI, “Oligopolies and ‘pure’ information exchanges in the EU: new crops are growing on the soils plowed by ‘UK tractors’?”, *International antitrust law & policy*, Annual proceedings of the Fordham Competition Law Institute, 2008, pp. 675-750; C. GRYNFÖGEL, “De quelques variations sur le même thème: l’échange d’informations et le droit de la concurrence”, *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 3, 2008, pp. 221-227; ID., “Essai de théorisation pour une question singulière: l’échange d’informations en droit européen de la concurrence”, en N. DE GROVE-VALDEYRON/M. BLANQUET/V. DUSSART (EDS.), *Mélanges en l’honneur du professeur Joël Molinier*, Paris, L.G.D.J., 2012, pp. 295-309; J. HAINZ/R. BENDITZ, “Indirekter Informationsaustausch in Hub and Spoke-Konstellationen: der Teufel steckt im Detail”, *EuZW*, 23, 18, 2012, pp. 686-690; J. HERRLINGER, “Benchmarking, Informationsaustausch und die Grenzen des Kartellverbots”, en *Schwerpunkte des Kartellrechts 2007/2008: Referate des XXXV. und des XXXVI. FIW-Seminars*, Köln, FIW-Schriftenreihe, Heft 226, 2009, pp. 59-69; L. IDOT, “Précisions de la Cour de justice sur les échanges d’informations entre concurrents: CJCE, 4 juin 2009, T-Mobile Netherlands BV, aff. C8/08”, *Revue des contrats*, 4, 2009, pp. 1401-1405; L. KAIS, “Regulating EU information exchange: no further

causalidad entre ilícito y daño puede basarse en presunciones y probabilidades, la presunción derivada de la decisión administrativa que confirma la infracción es susceptible de refutación y que, por tanto, el juez está obligado a motivar su decisión, vistas las pruebas en contra que haya aportado el demandado<sup>91</sup>. *Ejemplo*: Siguiendo la estela de la anterior sentencia, la Corte di Cassazione italiana proclamó en otro caso que el asegurado que reclama la indemnización de los daños tiene el derecho de servirse de la presunción de que la prima haya sido superior a lo debido por efecto del comportamiento colusivo; mientras que la compañía aseguradora demandada por el resarcimiento del daño tiene reconocida la facultad de suministrar la prueba contraria a la mencionada presunción de responsabilidad en lo que se refiere a la existencia del nexo causal entre el ilícito concurrencial y el daño y a la entidad del daño mismo<sup>92</sup>. Es la

---

restrictions by object but enough room for safe harbours”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 7, 2013, pp. 352-358; J. KARENFORT, “Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern: kompetitiv oder konspirativ?”, *WuW*, 58, 11, 2008, pp. 1152 y 1154-1166; G.P. KYPRIANIDES, “Critically evaluate treatment of information exchange in TFEU Article 101 cases”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 33, 9, 2012, pp. 406-412; B. LASSERRE, “Several strokes of black and a palette of grays: competitor agreements through the eyes of an enforcement agency”, en B.E. HAWK (ED.), *International Antitrust Law & Policy. 2013*, Huntington, N.Y., 2014, pp. 49-67; T. LETTL, “Informationsaustausch über die Preisgestaltung als vertikale Wettbewerbsbeschränkung”, *WRP*, 59, 10, 2013, pp. 1272-1279; F. LÉVÊQUE, “Échanges d’informations: faut-il bâillonner tous les oligopoles? la jurisprudence John Deere vue par un économiste”, *Concurrence*, n° 3, 2006, pp. 33-39; A. MÖHLENKAMP, “Informationsaustausch als Wettbewerbsbeschränkung: Kriterien und Beweislast”, en *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht in der Marktwirtschaft: 50 Jahre FIW, 1960 bis 2010: Festschrift*, Köln, FIW-Schriftenreihe, Heft 234, 2010, pp. 209-228; P. NIHOUL, “Asnef: la licéité d’accords bancaires visant à partager des informations financières sur des candidats emprunteurs”, *Revue européenne de droit de la consommation*, 2, 2008, pp. 310-316; O. ODUDU, “Indirect information exchange: the constituent elements of hub and spoke collusion”, *ECJ*, 7, 2, 2011, pp. 205-242; N. PETIT, “Accords d’échange d’informations et fédérations d’entreprises: grands principes d’analyse en droit de la concurrence”, en P. LAMBRECHT/C. GHEUR (Dir.), *Les fédérations d’entreprises et les règles de concurrence*, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 51-68; G. PISCHEL/S. HAUSNER, “Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern: zum Stand der kartellrechtlichen Entwicklung”, *EuZW*, 24, 13, 2013, pp. 498-502; A. POZDŃAKOVA, “Information exchange agreements between liner shipping companies under EC competition law”, en *Competition and regulation in shipping and shipping related industries*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 26-42; V.H.S.E. ROBERTSON, “A counterfactual on information sharing: the Commission’s horizontal guidelines 2011 applied to the leading cases”, *World Compet.*, 36, 4, 2013, pp. 459-488; F. ROSATI, “Echanges d’informations et autres comportements coordonnés: Pour une théorie de l’entente”, *Concurrences*, n° 4, 2008, pp. 27-30; D. SCHROEDER, “Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern”, *WuW*, 59, 7/8, 2009, pp. 716 y 718-727; F. VENAYRE, “Echanges d’informations: les jurisprudences française et communautaire. À l’aune des prédictions théoriques”, *Revue d’économie industrielle*, n° 108, 2004, pp. 91-112; CHRISTINE VILMART/CHRISTIAN VILMART, “Les échanges d’information selon les lignes directrices sur les restrictions horizontales”, *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, n° 4, 2011, pp. 26-33; F. WAGNER-VON PAPP, “Who is’t that can inform me? The exchange of identifying and non-identifying information”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 28, 4, 2007, pp. 264-270; ID., “Information exchange agreements”, en I. LIANOS/D. GERADIN (EDS.), *Handbook of European competition law: substantive aspects*, Cheltenham, Elgar, 2013, pp. 130-173; F. WIEMER, “Informationsaustausch im Vertikalverhältnis: Berichtspflichten des Vertragshändlers im Spannungsverhältnis zwischen Kartellrecht und HGB”, *WuW*, 59, 7/8, 2009, pp. 717 y 750-760; P. WILHELM, “Lignes directrices de la Commission de 2011: paragraphes concernant les échanges d’informations”, *Revue Lamy de la concurrence*, n° 29, 2011, pp. 141-145; H. WOLLMANN, “Category Management, Private Labels und Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern”, *Ecolex*, 22, 1, 2011, pp. 51-54.

<sup>91</sup> El texto original de la sentencia dice así: “*Quanto, poi, al nesso causale, il giudice potrà accertarne l’esistenza (anche ciò è stato già chiarito) in termini probabilistici o presuntivi, ma – questo è il punto nodale rispetto al quale la critica formulata nel ricorso si manifesta fondata – dovrà consentire all’assicuratore di provare contro le presunzioni o contro la sequenza probabilistica posta a base del ragionamento che fa derivare il danno dall’intesa illecita.*”

*Si intende con questo dire che il giudice non può omettere di valutare tutti gli elementi di prova offerti dall’assicuratore per contrastare le presunzioni, o per dimostrare che la sequenza causale percorsa risulta spezzata da uno o più fatti diversi che da soli sono stati idonei a procurare il danno, oppure, ancora, per accertare che questi fatti, insieme con l’intesa illecita abbiano assunto il carattere di equivalenti (e, dunque, concorrenti) causali nella produzione del danno.*

*Accertamenti e valutazioni che il giudice può svolgere attraverso tutti gli strumenti offertigli dal rito, non escluso l’espletamento della consulenza tecnica, ma che nella specie non risultano affatto svolti”.*

<sup>92</sup> Sentenza della Corte di Cassazione, 20 junio 2011, n° 13486, *Foro it.*, 2011, I, c. 2674, comentada por A. PALMIERI, “L’illecito antitrust e l’aggiramento della prova del nesso causale: ovvero come si rischia di trasformare l’Autorità garante della concorrenza e del mercato in giudice della responsabilità civile”, *Foro it.*, 2011, n° 10, Parte I, p. 2685. El texto original de esta sentencia dice así: “[...] *l’assicurato che agisca in risarcimento dei danni ai sensi dell’art. 33 della legge 10 ottobre 1990, n. 287 ha il diritto di avvalersi della presunzione che il premio sia stato indebitamente aumentato per effetto del comportamento collusivo e che la misura dell’aumento (e quindi l’entità del danno da lui subito) non sia inferiore al livello medio del 20%: sia per effetto degli accertamenti compiuti dall’Autorità garante; sia in virtù del principio per cui, quando il fatto dannoso sia imputabile a più soggetti e non si possa ricostruire la misura in cui ognuno di essi abbia concorso a cagionare il danno, le colpe – quindi l’apporto causale di ognuno - si presumono uguali [...] [L]a già riconosciuta facoltà della compagnia assicuratrice convenuta in risarcimento del danno, di fornire la prova contraria alla suddetta presunzione di responsabilità in ordine alla sussistenza del nesso causale fra l’illecito concorrenziale e il danno ed all’entità del danno medesimo, non può avere ad oggetto circostanze attinenti alla situazione generale del mercato assicurativo [...]”.*

solución que, en definitiva, ha adoptado el art. 17.2 de la Directiva 2014/104/UE, cuando dispone que: “Se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción”.

#### 4. La existencia del daño

45. Una vez constatado que hubo un hecho ilícito –consistente en la violación de los arts. 101 o 102 TFUE o, en su caso, de las disposiciones análogas de las legislaciones nacionales de los Estados miembros– y la existencia, además, de un nexo de causalidad entre dicha infracción normativa y el daño causado al mercado afectado, la acción de indemnización por daños sólo podrá ser estimada, si el tribunal verifica en qué medida existe un daño que afecte concretamente a la (supuesta o potencial) víctima que interpone la correspondiente demanda<sup>93</sup>. “La prueba del daño [...]–en palabras de A. TROTTA– necesariamente asume un valor decisivo en el sucesivo juicio resarcitorio promovido en sede civil, ya que cabe esperar que el juez ciertamente no pueda reconocer el derecho al resarcimiento de un daño que, en efecto, el actor no sea haya sido capaz de probar que ha sufrido (o que no haya conseguido circunscribir adecuadamente a los fines de su cuantificación)”<sup>94</sup>. Como observa atinadamente, entre otros, J. RIFFAULT-SILK, la existencia de una conducta ilícita no disminuye la carga de la prueba de que ha habido un *daño personal, directo y cierto*<sup>95</sup>.

46. La cuestión excede del ámbito de aplicación del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE. En ocasiones, encuentra repuesta en algunos otros de sus preceptos. Así ha ocurrido con la *passing-on defense*. Según el art. 13 (“**Defensa basada en la repercusión de sobrecostes**”) de la Directiva, “[l]os 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”<sup>96</sup>. *Ejemplo*: Con anterioridad a la Directiva, en Francia, ya

<sup>93</sup> Vid. F. MASMI-DAZI, “Le quantum du préjudice deviendra-t-il le centre de gravité des actions en réparation de dommages concurrentiels? Enjeux et perspectives de la directive adoptée le 10 novembre 2014 par le Conseil de l’UE”, *Revue Lamy de la Concurrency*, n° 42, 2015, pp. 104-107.

<sup>94</sup> Vid. A. TROTTA, “Il rapporto tra il giudizio civile...”, p. 365.

<sup>95</sup> Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, p. 196.

<sup>96</sup> Sobre la *passing-on defense*, *vid.*, *ad ex.*, 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; 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; R. VON BÜREN, “Zur Zulässigkeit der ‘passing-on defense’ in kartellrechtlichen Schadensersatzverfahren nach schweizerischem Recht”, *SZW/RSDA*, 79, 3, 2007, pp. 189-206; E. BÜYÜKSAGIS, “Standing and passing-on in the new EU Directive on antitrust damages actions”, *SZW/RSDA*, 87, 1, 2015, pp. 18-30; F.W. BULST, “Passing-on”, en J. BASEDOW/J.P. TERHECHTE/L. TICHÝ (Eds.), *Private enforcement of competition law*, Baden-Baden, Nomos, 2011, pp. 67-82; J. DITTRICH, “Der Passing-on-Einwand und die Anspruchsberechtigung indirekter Abnehmer eines Kartells”, *GRUR*, 111, 2, 2009, pp. 123-128; 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; 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, Marcial Pons, 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; E.P. HENNEBERRY, “Private enforcement in EC competition law: the passing on defence and standing for indirect purchasers, representative organisations and other groups”, *ERA-Forum*, n° 1, 2006, pp. 15-26; 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; T.S. MÜLLER, *Die Passing-on Defense im schweizerischen Kartellzivilrecht: besonderer Berücksichtigung des amerikanischen, europäischen und deutschen Rechts*, Zürich, Dike, 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.

la sentencia Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, *Ajinomoto Eurolysine v. Doux aliments Bretagne e a.*, 15 junio 2010, nº 09-15816, observó que los jueces deben caracterizar la existencia de un *vínculo de causalidad* entre el hecho generador de responsabilidad y la pérdida de una oportunidad, *que no debe ser hipotético*.<sup>97</sup> En aquel caso, la Cour de cassation consideró que la sentencia de la Cour d'appel de Paris de 10 junio 2009, contra la que se interpuso el recurso, estaba equivocada, al considerar que el perjuicio de unas sociedades francesas (las sociedades Doux) estaba constituido por la pérdida de la oportunidad de conservar la competitividad de sus productos. En primer lugar, se había constatado que el mercado de los precios de la lisina había estado sometido a fluctuaciones erráticas. Cabía inferir, por tanto, que el vínculo de causalidad entre el alza de los precios susceptible de haber sido provocado por la sociedad Ajinomoto Eurolysine (una de las empresas condenadas por el *cartel de las vitaminas*) y la pérdida o el mantenimiento de competitividad de los productos de las sociedades Doux parecía puramente hipotético. En segundo lugar, el tribunal de apelación se había abstenido de explicar cómo era posible que los productos de las sociedades demandantes de indemnización (las sociedades Doux) hubieran sufrido una pérdida de competitividad frente a sus competidores, dado que se encontraban en la misma situación que ellas en el mercado, y que éstos se hubieran podido beneficiar de costes de aprovisionamiento más bajos. En definitiva, la Corte de casación francesa rechazó que de la decisión de infracción pudiera inducirse ninguna presunción de causación del daño o inversión de carga de la prueba<sup>98</sup>.

## 5. Cuestiones procedimentales

47. El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE no va acompañado de normas que regulen las cuestiones procedimentales que puede suscitar, en la práctica, su aplicación (o su indebida inaplicación).

48. En nuestra opinión, no se trata de un “olvido” del legislador europeo –o, si se prefiere la expresión técnica, de una *laguna legal*–, sino de un “silencio intencionado” que obedece a dos razones: En primer lugar, el respeto a la *autonomía procedimental de los Estados miembros*. A los efectos del Derecho antitrust europeo, lo que le interesa a la UE es que cualquier víctima de un cartel o de una empresa que haya abusado de su posición dominante en el Mercado interior europeo pueda acogerse a una decisión administrativa final previa e interponer una *follow-on action* basada en ella, con independencia de que sea una decisión administrativa de la ANC propia o de otro Estado miembro de la UE. Cómo disponga esto cada legislador nacional es algo que le resulta indiferente a la UE, siempre que el mencionado resultado esté garantizado. En segundo lugar, una muestra de *pragmatismo europeo*. Aun-

---

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*, nº 2, 2014, pp. 43-48; M. REICH, “Die Passing-On Defense im Spannungsfeld zwischen Weißbuch und kritischen Literaturstimmen”, *WuW*, 58, 10, 2008, pp. 1044 y 1046-1054; A. RINNE/C. GORDON, “Damages actions: the interplay between the passing-on defence and indirect purchase compensation”, *Competition Law Insight*, 7, 7, 2008, pp. 3-4; A. RÖHLING, “Die Passing-on Defence im deutschen Recht unter Berücksichtigung des europäischen, US-amerikanischen und britischen Rechts”, en *Festschrift für Ulrich Huber: zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 1116-1131; T. SCHREIBER, “Klagebefugnis mittelbarer Abnehmer und ‘Passing-on-Defence’: zwei Seiten einer Medaille?”, *WuW*, 64, 4, 2014, p. 355; 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, Linde, 2012, pp. 699-721; P. WHELAN, “Something of a burden: is the passing-on defence appropriate?”, *Competition Law Insight*, 7, 9, 2008, pp. 5-7.

<sup>97</sup> Vid. D. 2010, p. 2781, comentada por Y. UTZSCHNEIDER y H. PARMENTIER.

<sup>98</sup> Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, pp. 195-196. Para otras sentencias francesas de *follow-on actions* en las que se debate sobre la falta de prueba del daño, *vid., ad ex.*, sentencia Tribunal de Commerce de Nanterre 11 mayo 2006, nº 2004F02643, *Arkopharma c. Roche and Hoffmann La Roche*, comentada por M. DEBROUX, “A French commercial court dismisses a private action claiming compensation for damages caused by antitrust violation, on the basis of a broad interpretation of the passing on defence (Vitamins cartel)”, 11 May 2006, *e-Competitions*, nº 12129, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com); sentencia Tribunal de Commerce de Paris 26 enero 2007, nº 2003/04804, *Laboratoires Juva c. Hoffman La Roche*, comentada por E. KLEIMAN/A. SZEKELY, “A French Court refuses to grant damages to alleged victim of the vitamin cartels (Juva/Hoffmann La Roche)”, 26 January 2007, *e-Competitions*, nº 13385, [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com); sentencia Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 15 mayo 2012, *Coopérative Le Gouessant et Sofral c. Ajinomoto Eurolysine*, nº 11-18.495.

que las regulaciones procedimentales puedan discrepar de un Estado de la UE a otro, en todos ellos está reconocida la regla *Lex Fori Regit Processum*. En el Derecho español, está recogida en el art. 3 LEC. Su texto afirma lo siguiente: “Ámbito territorial de las normas procesales civiles. Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas”<sup>99</sup>. A la luz de esta regla, podrán resolverse sin demasiada dificultad algunas de las cuestiones prácticas que han preocupado a la doctrina como, *ad ex.*, el acceso (y, en su caso, traducción o autenticidad) de las decisiones finales adoptadas por las ANC de otros Estados miembros de la UE, cuyo efecto vinculante se alegue como prueba, o la posibilidad de interposición de recurso de apelación o, en su caso, de casación, sea de oficio o a instancia de parte, en el caso de que el tribunal civil (o mercantil) ignore el carácter vinculante de la decisión administrativa final sobre la que se funda una *follow-on action* de indemnización de daños por infracción de las reglas de competencia<sup>100</sup>.

49. Una cuestión poco probable, pero posible, que puede plantearse es la de si el régimen jurídico dispuesto por el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE es *imperativo* o meramente *dispositivo*. En este último caso, un juez podría dejar de aplicar la norma legal de transposición de dicho artículo y una víctima podría interponer siempre una acción de reparación de daños *stand alone*; aunque existiera una decisión administrativa firme de condena. En nuestra opinión, habría que distinguir dos perspectivas:

1ª) *Desde el punto de vista del juez*, éste no podría dejar de aplicar la norma de transposición del art. 9 de la Directiva de daños antitrust. Este precepto crea una obligación absolutamente imperativa: existiendo una decisión administrativa final (de la ANC de su mismo Estado o de otro Estado miembro de la UE), no puede permitir, en principio, que se discutan ante él, de nuevo, los mismos hechos. La *ratio* de esta interpretación es múltiple: En primer lugar, nada hay en la redacción del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE que permita sostener que es Derecho dispositivo (= Derecho aplicable para interpretar la voluntad de las partes o sólo en defecto de ésta) (*criterio literal*). En segundo lugar, la seguridad jurídica y la uniformidad de interpretación y aplicación del Derecho antitrust europeo –objetivos perseguidos por la mencionada norma– peligrarían, si se dejara a la postres que fuera el órgano judicial quien decidiera si la aplica o no (*criterio teleológico*).

No obstante, *la solución propuesta tiene que ser matizada por dos razones*. Primera: Según el art. 9.1 de la Directiva de daños antitrust, la constatación de la infracción del Derecho de la competencia por la ANC del propio Estado miembro será *irrefutable* (presunción *iuris et de iure*). Por el contrario, según el art. 9.2 de esta Directiva, la constatación de la infracción del Derecho de la competencia por la ANC de otro Estado miembro de la UE puede ser *irrefutable* (si se sigue el modelo alemán, que veremos a continuación) o ser *refutable* (si se sigue el modelo italiano, que también veremos a continuación). Dicho con otros términos, si el legislador nacional opta por considerar las resoluciones administrativas de otros Estados de la UE como meros principios de prueba o, a lo sumo, como una presunción *iuris tantum*, cabrá la posibilidad de que hechos contemplados en ellas vuelvan a ser discutidos de nuevo, ahora en sede judicial. Segunda: Como toda presunción, su aplicación práctica requiere que se alegue, admita y pruebe el hecho que le sirve de base (que se dictó una resolución administrativa firme de condena) para que pueda conectarse con una consecuencia jurídica (que, en principio, los hechos proclamados por aquella como ilícitos en un procedimiento en el que se respetaron los derechos de defensa no pueden volver a discutirse)<sup>101</sup>. Sería poco probable (especialmente por los medios de comunicación actuales) que no se alegase, admitiese o pudiese probarse el hecho-base de la presunción (que hay una condena [administrativa] anterior por una ANC en la UE, cualquiera que sea el Estado miembro), pero, si ocurriese y no se corrigieran por el legislador estatal los *principios de justicia rogada y dispositivo*, bien pudiera suceder que se siguiese adelante con una acción *stand alone* en vez de una acción *follow-on*.

<sup>99</sup> Sobre esta regla, *vid., per omnia*, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 15ª ed., Granada, Comares, 2014, pp. 743 y ss.

<sup>100</sup> *Vid.* J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, pp. 196-197.

<sup>101</sup> *Vid.*, en general, P. ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, *La prueba por presunciones*, Granada, Comares, 2007.

2ª) Desde el punto de vista del demandante de la compensación por daños, cabría preguntarse si éste tiene un *derecho a elegir* el procedimiento judicial que quiera para constatar y resarcirse de los daños causados por prácticas anticompetitivas<sup>102</sup>. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Directiva 2014/104/UE, los tribunales ingleses han reconocido ampliamente este derecho de elección procesal a las presuntas víctimas de daños antitrust: “*The right to bring a follow-on claim before the Tribunal does not affect the right of a party to bring the sort of proceedings in court that were already possible, so a party which considers itself to have been the victim of anti-competitive behaviour, and to have suffered loss as a result, has a choice: it may bring ordinary proceedings in the High Court [...], or, if a relevant regulator has held there to have been an infringement, it may bring proceedings in the Tribunal. If it proceeds in court, it can allege, and must prove, whatever infringements it wishes to rely on as having caused loss. If a regulator has found there to have been an infringement, before or during the course of the proceedings, it will have the benefit of section 58 under which it can rely on the regulator’s findings of fact. On the other hand, it may proceed in the Tribunal, in which case it is limited to the infringements found by the regulator, but the question of infringement is concluded by the regulator’s decision, leaving only the issues of causation and quantification of loss to be decided by the Tribunal*”<sup>103</sup>. Sin embargo, una vez sea aplicable esta Directiva, no podrán volver a discutirse los hechos ilícitos proclamados por una resolución administrativa firme de la ANC de un Estado miembro ya existente (salvo con las limitaciones que permite el art. 9.2 de la Directiva de daños): si la víctima quiere obtener una indemnización, pero no quiere servirse de una acción *follow-on*, tendrá necesariamente que alegar la existencia de comportamientos antitrust y basarse en hechos distintos de los que utilizó la ANC en su resolución<sup>104</sup>.

## V. Panorama de Derecho comparado

**50.** El silencio del Derecho antitrust europeo acerca del efecto vinculante de las resoluciones administrativas sobre competencia ante la jurisdicción ordinaria ha permitido, antes de la implantación en los ordenamientos nacionales del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE, que los Estados miembros de la UE hayan dado respuestas muy variadas a esta cuestión<sup>105</sup>. En primer lugar, un grupo de Estados (*ad ex.*, Alemania, Austria, Grecia, Hungría, República Checa, Reino Unido) dispone, a través de su legislación o de su jurisprudencia, que las decisiones de la ANC obligan al juez civil. En segundo lugar, otro grupo de Estados (*ad ex.*, Dinamarca, Italia, Polonia) disponen que las resoluciones de la ANC no obligan, *stricto sensu*, a sus tribunales civiles, pero sí condicionarían la actividad de éstos; puesto que la existencia de una decisión final previa crearía una presunción *iuris tantum* de la comisión de un ilícito anticompetitivo. Por último, un tercer grupo de Estados (Bélgica, España, Francia) no se pronunciaría formalmente al respecto, lo que, en principio, apoyaría la tesis según la cual la resolución de la ANC no obliga al juez; aunque, de hecho, sean poco frecuentes las decisiones judiciales que se apartan claramente de lo que antes hayan decidido las autoridades administrativas encargadas de la defensa de la libre competencia.

**51.** El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE, por tanto, obliga a colmar una laguna legal en aquellos Estados miembros que no tengan una norma específica para este supuesto y, además, uniforme, dentro de unos límites, a aquellos ordenamientos jurídicos que, bien por vía legal o jurisprudencial, daban respuesta a esta cuestión. Veamos a continuación, con algo más de detalle, cuál es la situación de los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros de la UE inmediatamente antes de la transposición del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE y qué supondrá la mencionada disposición para cada uno de ellos.

<sup>102</sup> Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, p. 196.

<sup>103</sup> Vid. sentencia UK Court of Appeal 19 enero 2011, *Enron Coal Services Ltd (in liquidation) v English Welsh and Scottish Railway Ltd*, [2011] EWCA Civ 2, § 8.

<sup>104</sup> Vid. J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, p. 197.

<sup>105</sup> Vid. C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, p. 1429.

## 1. Alemania

52. En Alemania, el § 33.4 GWB prevé la vinculación legal no sólo a las decisiones de la Comisión Europea sobre competencia o del *Bundeskartellamt*, sino también a las decisiones de las ANC de otros Estados miembros<sup>106</sup>. En efecto, el tenor literal del § 33.4 GWB dispone que: “En aquellos casos en los que, debido a una infracción de una norma de esta Ley o de los artículos 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE, se reclame una compensación por daños y perjuicios, el Tribunal estará vinculado a la constatación de la infracción en la forma determinada por la decisión firme de la autoridad de competencia, de la Comisión Europea o de la autoridad de competencia o tribunal que actúe de tal forma en otro Estado miembro de la UE. Lo mismo se aplicará a aquellas constataciones en sentencias judiciales firmes derivadas de una apelación de las decisiones según la primera frase. De acuerdo con el art. 16.1.4 del R. 1/2003, esta obligación resulta aplicable sin perjuicio de los derechos y obligaciones establecidos por el artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”<sup>107</sup>.

53. No será necesario, por tanto, adaptar la actual normativa alemana al art. 9 de la Directiva 2014/104/UE<sup>108</sup>. Del régimen jurídico dispuesto por el § 33.4 GWB, interesa destacar las siguientes ideas:

54. 1ª) El *efecto vinculante* (*Bindungswirkung*), a los efectos del § 33.4 GWB, se corresponde, *lato sensu*, con unos efectos de hecho (*Tatbestandswirkung*)<sup>109</sup>. Se limita a la infracción del Derecho antitrust

<sup>106</sup> Vid. J. BORNKAMM, *Die Rolle des Zivilrichters bei der Durchsetzung des Kartellrechts nach der Verordnung Nr. 1/2003 und nach der 7. GWB-Novelle*, Bonn, Schriftenreihe Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht, Nr. 139, 2003; S. BROSS, “Zur Bindung der Zivilgerichte an Verwaltungsentscheidungen”, *VerwArch*, 78, 1987, pp. 91-112; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, Köln, 2010; M. DREHER, “Der Zugang zu Entscheidungen mit Bindungswirkung für den kartellrechtlichen Schadensersatzprozess: die Effektivierung der Feststellungswirkung nach § 33 Abs. 4 GWB”, *ZWeR*, 6, 4, 2008, pp. 325-347; V. EMMERICH, “§ 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht”, pp. 1085-1091; R. ENDELL, “Die Bindungswirkung von Verweisungsbeschlüssen und der Begriff der ‘objektiven Willkür’”, *DRiZ*, 2003, pp. 133-135; F.O. FISCHER, “Zur Bindungswirkung rechtswidriger Verweisungsbeschlüsse im Zivilprozeß gemäß § 281 II 5 ZPO”, *NJW*, 1993, pp. 2417-2421; ID., “Willkürliche Verweisungsbeschlüsse - Aktuelle Rechtsprechung zur Bindungswirkung”, *MDR*, 2002, pp. 1401-1405; H.F. GAUL, “Die ‘Bindung’ an die Tatbestandswirkung des Urteils”, en *Festschrift für Albrecht Zeuner zum siebenzigsten Geburtstag*, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1994, pp. 317-351; S. HAUSEN, *Die Wirkung von Kommissionsentscheidungen im deutschen Kartellzivilprozess*, Hamburg, Verlag Dr. Kovač, 2006; R. HEMPEL, “Private Follow-on-Klagen im Kartellrecht”, *WuW*, 2, 2005, pp. 137-146; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte an Beschlüsse von Kommission und Behörden der Europäischen Union im Kartellrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2011; F. KNÖPFLE, “‘Tatbestands-’ und ‘Feststellungswirkung’ als Grundlage der Verbindlichkeit von gerichtlichen Entscheidungen und Verwaltungsakten”, *BayVBl.*, 1982, pp. 225-230; A. KOLLMANN, “Zur Bindungswirkung von Verwaltungsakten”, *DÖV*, 1990, pp. 189-196; G. LÜKE, “Die Bindungswirkung im Zivilprozess”, *JuS*, 2000, pp. 1042-1046; M. MEYER, “Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen im Kartellverwaltungsrechtsweg – der neue § 33 IV GWB auf dem Prüfstand”, *GRUR*, 108, 1, 2006, pp. 27-33; D. SCHROEDER, *Bindungswirkungen von Entscheidungen nach Art. 249 EG im Vergleich zu denen von Verwaltungsakten nach deutschem Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2006; M.J. SEIBERT, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten*, Baden-Baden, 1989; D.J. ZIMMER/H. LOGEMANN, “Unterliegen ‘Altfälle’ der verschärften Schadensersatzhaftung nach § 33 GWB? Die versteckte Rückwirkung im Kartellprivatrecht”, *WuW*, 10, 2006, pp. 982-990.

<sup>107</sup> El texto original en alemán es el siguiente: “Wird wegen eines Verstoßes gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes oder gegen Artikel 101 oder 102 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union Schadensersatz gefordert, ist das Gericht an die Feststellung des Verstoßes gebunden, wie sie in einer bestandskräftigen Entscheidung der Kartellbehörde, der Europäischen Kommission oder der Wettbewerbsbehörde oder des als solche handelnden Gerichts in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union getroffen wurde. Das Gleiche gilt für entsprechende Feststellungen in rechtskräftigen Gerichtsentscheidungen, die infolge der Anfechtung von Entscheidungen nach Satz 1 ergangen sind. Entsprechend Artikel 16 Absatz 1 Satz 4 der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 gilt diese Verpflichtung unbeschadet der Rechte und Pflichten nach Artikel 267 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union”.

<sup>108</sup> Vid. E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, p. 595, nota 95.

<sup>109</sup> Vid. S. BECKER, *Die Bindungswirkung von Verwaltungsakten...*, p. 85; G.M. BERRISCH/M. BURIANSKI, “Kartellrechtliche Schadenersatzansprüche...”, p. 882; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 159-163, 166-174 y 331; M. DREHER, “Der Zugang zu Entscheidungen mit Bindungswirkung...”, pp. 328-329; H.-U. ERICHSEN/U. KNOKE, “Bestandskraft von Verwaltungsakten”, *NVwZ*, 1983, pp. 185-192, en pp. 188-189; H.F. GAUL, “Die ‘Bindung’ an die Tatbestandswirkung...”, pp. 317 y 337; S. HAUSEN, *Die Wirkung von Kommissionsentscheidungen...*, p. 141; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 223-225; J. IPSEN, “Verbindlichkeit, Bestandskraft und Bindungswirkung...”, pp. 170, 177, 186 y 187; D. JESCH, *Die Bindung des Zivilrichters...*, p. 59; P. KIRCHHOF, “Der bestandskräftige Steuerbescheid im Steuerverfahren und im Strafverfahren”, *NJW*, 1985, pp. 2977-2985, en p. 2983; F. KNÖPFLE, “‘Tatbestands-’ und ‘Feststellungswirkung’...”, p. 230; F. NICKLISCH, *Die Bindung der Gerichte...*, pp. 41-42 y 171; W. LÖWER, “Funktion und Begriff



constatada en la parte dispositiva de la decisión administrativa<sup>110</sup>. En su caso, la parte dispositiva puede ser concretada, refiriéndose a los motivos que sirven de apoyo a la decisión, lo que permite distinguir la *ratio decidendi* de las consideraciones tangenciales o marginales (los *obiter dicta*)<sup>111</sup>. El efecto vinculante abarca la constatación total de la infracción anticompetitiva declarada, según el supuesto, por la Comisión Europea o la ANC; es decir, significa que el tribunal civil está obligado a asumir, como propias, tanto la verificación de las cuestiones jurídicas como la demostración de las cuestiones fácticas, que ya realizó anteriormente la Comisión Europea o la ANC (o el tribunal administrativo jerárquicamente superior)<sup>112</sup>.

Para que se produzca el *efecto vinculante*, es necesario que el ámbito material de aplicación de la resolución administrativa (*Sachlicher Anwendungsbereich*) —es decir, la conducta antitrust sancionada— sea la misma que se encuentre en el origen del litigio civil para obtener la indemnización por los daños y perjuicios causados por el ilícito anticompetitivo: los tribunales alemanes sólo estarán vinculados por la decisión de la ANC, cuando la misma conducta antitrust sea objeto tanto del procedimiento administrativo sancionador (*public enforcement*) como del procedimiento judicial indemnizatorio (*private enforcement*)<sup>113</sup>.

El § 33.4 GWB es aplicable a cualquier acción civil en la que se plantee la comisión de un ilícito antitrust como una cuestión previa (*Vorfrage*) de la que dependa el cumplimiento de una obligación contractual (acciones contractuales [*Vertragsklagen*]) o la indemnización de un daño causado (*Gewinnabschöpfungsklagen*)<sup>114</sup>. Considerada una norma que favorece a las víctimas de un cartel o de un abuso de posición dominante, cabe interpretar que cabría admitir la ampliación de su ámbito de aplicación por analogía<sup>115</sup>.

**55. 2ª)** El § 33.4 GWB regula el *efecto vinculante* de las *decisiones de la ANC alemana* (el *Bundeskartellamt* y las *Landeskartellbehörden*) y de la *Comisión Europea*, siguiendo las huellas del art. 16.1 R. 1/2003<sup>116</sup>. Mediante el *efecto vinculante* regulado por el § 33.4 GWB, a los tribunales ale-

des Verwaltungsaktes”, *JuS*, 1980, pp. 805-810, en p. 806; D. MERTEN, “Bestandskraft von Verwaltungsakten”, *NJW*, 1983, pp. 1993-1998, en p. 1997; M. MEYER, “Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen...”, p. 30; F. OSSENBUHL, “Die Handlungsformen der Verwaltung”, *JuS*, 1979, pp. 681-687, en p. 683; M. RANDAK, “Bindungswirkungen...”, p. 35; K. SCHMIDT, “Kartellrecht im Schiedsverfahren: Neuorientierung durch VO 1/2003 und 7. GWB-Novelle?”, *BB*, 2006, pp. 1397-1405, en p. 1402; M. SCHÜTT, “Individualrechtsschutz nach der 7. GWB-Novelle”, *WuW*, 11, 2004, pp. 1124-1133, en p. 1131; M.J. SEIBERT, *Die Bindungswirkung...*, pp. 71, 73-74, 130, 189 y 303.

<sup>110</sup> Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 161-164, 173-174 y 331; H.F. GAUL, “Die ‘Bindung’ an die Tatbestandswirkung...”, p. 317.

<sup>111</sup> Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, p. 331; M. DREHER, “Der Zugang zu Entscheidungen mit Bindungswirkung...”, pp. 328-329; F. KNÖPFE, “‘Tatbestands-’ und ‘Feststellungswirkung’...”, pp. 227 y 229-230; M.J. SEIBERT, *Die Bindungswirkung...*, pp. 129-131.

<sup>112</sup> Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, p. 331; V. EMMERICH, “§ 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht”, pp. 1087 y 1089-1090; E.-J. MESTMÄCKER/H. SCHWEITZER, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, p. 595.

<sup>113</sup> Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 174-176 y 331; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, p. 219. Sobre el “objeto” del procedimiento sancionador, vid. M. FOERSTER, “Streitgegenstand und Rechtskraft in Verfahren des GWB”, *NZKart*, 3, 2, 2015, pp. 85-89.

<sup>114</sup> Vid. J. BASEDOW, “Perspektiven des Kartelldeliktsrechts”, *ZWeR*, 4, 3, 2006, pp. 294-305, en pp. 302-303; U. BÖGE/K. OST, “Up and Running, or is it? Private enforcement: the Situation in Germany and Policy Perspectives”, *Eur. Compet. L. Rev.*, 27, 2006, pp. 197-205, en p. 197; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 187-192 y 331; V. EMMERICH, “§ 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht”, pp. 1088-1089; J. HARTOG/B. NOACK, “Die 7. GWB-Novelle”, *WRP*, 2005, pp. 1396-1407, en p. 1405; R. HEMPEL, *Privater Rechtsschutz im Kartellrecht...*, pp. 184, 200, 216 y 232; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 218-219; M. MEYER, “Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen...”, p. 29; J. KESSLER, “Private Enforcement: Zur deliktsrechtlichen Aktualisierung des deutschen und europäischen Kartellrechts im Lichte des Verbraucherschutzes”, *WRP*, 52, 9, 2006, pp. 1061-1070, en pp. 1061-1062; G. WEIDENBACH/M. SALLER, “Das Weißbuch der Europäischen Kommission zu kartellrechtlichen Schadensersatzklagen: Darstellung und erste Bewertung wesentlicher Aspekte”, *BB*, 63, 20, 2008, pp. 1020-1026, en p. 1021.

<sup>115</sup> Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 192-195 y 331; A. FRITZSCHE, “Der Beseitigungsanspruch im Kartellrecht nach der 7. GWB-Novelle: zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des quasi-negatorischen Beseitigungsanspruchs”, *WRP*, 52, 1, 2006, pp. 42-54, en pp. 43-44 y 49; K. SCHMIDT, *Kartellverfahrensrecht, Kartellverwaltungsrecht, Bürgerliches Recht: Kartellrechtspflege nach deutschem Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln, Heymann, 1977, p. 339.

<sup>116</sup> Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 174 y 330; V. EMMERICH, “§ 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht”, pp. 1087-1088; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 216-217.

manes se les ha retirado la competencia para controlar con independencia los hechos correspondientes a los arts. 101 y 102 TFUE (y sus homólogos de la GWB) ya juzgados por la ANC alemana y por la Comisión Europea<sup>117</sup>.

Objeto, en su origen, de una animada polémica doctrinal, hoy se considera que el *efecto vinculante* (*Bindungswirkung*) es compatible con el *principio de separación de poderes y de independencia del poder judicial* (*der Grundsatz der Gewaltenteilung und der Unabhängigkeit des Richters*)<sup>118</sup>. Es cierto que el *efecto vinculante* supone una intromisión en la facultad de los tribunales de aplicar directamente el Derecho de la UE, que, sin embargo, estaría legitimada por el principio de seguridad jurídica (*der Grundsatz der Rechtssicherheit*)<sup>119</sup>.

56. 3ª) En relación a la vinculación a las *decisiones de las ANC de otros Estados miembros*, se ha planteado que podría ser inconstitucional por no respetar el principio de acceso a la justicia o *tutela judicial efectiva* recogido en el art. 103 de la *Grundgesetz* (que equivale al art. 24.1 de la Constitución española de 1978) y en el art. 6.1 CEDH<sup>120</sup>. Ahora bien, se trata de una polémica históricamente superada: la doctrina coincide en que esta dificultad se puede superar, si se interpreta el § 33.4 GWB conforme a la *Grundgesetz* y, por consiguiente, se permite a las partes alegar y probar la violación de su derecho a una tutela judicial efectiva en un procedimiento seguido ante una ANC de otro Estado miembro. En efecto, el § 33.4. GWB permite que las decisiones de las ANC de otros Estados miembros se reconozcan, en principio, automáticamente<sup>121</sup>. Este reconocimiento será posible cuando la decisión no nacional cumpla con los siguientes requisitos: a) *firmeza* de acuerdo con la norma procesal del Estado de origen (*Wirksamkeit der anzuerkennenden Entscheidung*); b) cumplimiento del *orden público internacional europeo y alemán* (*der ordre public-Vorbehalt*); c) cumplimiento de las normas de jurisdicción internacionales (*Jurisdiktion der ausländischen Wettbewerbsbehörde*); d) la competencia de la ANC extranjera haya sido establecida conforme a las normas de competencia internacional del R. 1/2003 (*Zuständigkeit der ausländischen Wettbewerbsbehörde*)<sup>122</sup>.

<sup>117</sup> Vid. J. BORNKAMM/M. BECKER, “Die privatrechtliche Durchsetzung des Kartellverbots...”, pp. 213 y 219; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 153-157 y 330; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 217 y 226-227; M.J. SEIBERT, *Die Bindungswirkung...*, pp. 94-95.

<sup>118</sup> Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 157-159 y 330; T. LÜBBIG/M. LE BELL, “Die Reform des Zivilprozesses in Kartellsachen”, *WRP*, 52, 10, 2006, pp. 1209-1216, en p. 1212; M. MEYER, “Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen...”, p. 29; H.-J. PAPIER, “Die richterliche Unabhängigkeit...”, pp. 1089-1090.

<sup>119</sup> Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 330-331.

<sup>120</sup> Vid. V. EMMERICH, “§ 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht”, p. 1088.

<sup>121</sup> Vid. J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 237-256.

<sup>122</sup> Vid. R. BECHTOLD, “Grundlegende Umgestaltung des Kartellrechts: Zum Referentenentwurf der 7. GWB-Novelle”, *DB*, 5, 2004, pp. 235-241, en p. 240; M. BECKER, “Kartelldeliktsrecht: Paragr. 826 BGB als ‘Zuständigkeitshebel’ im Anwendungsbereich der EuGVO?”, *EWS*, 19, 6, 2008, pp. 228-234, en pp. 228, 230 y 231; G.M. BERRISCH/M. BURIANSKI, “Kartellrechtliche Schadenersatzansprüche...”, p. 883; M. BÖSE, “Der Grundsatz ‘ne bis in idem’ im Wettbewerbsrecht...”, p. 202; I. BRINKER, “Germany”, en *Die Modernisierung des EG-Kartellrechts: erste Erfahrungen mit der VO 1/2003 / The modernisation of European competition law: initial experiences with Regulation 1/2003 / La modernisation des règles communautaires antitrust: premières expériences avec le règlement no 1/2003*, Baden-Baden, Wien, Nomos, Facultas.WUV, 2008, pp. 105-119, en p. 113; F.W. BULST, “Internationale Zuständigkeit, anwendbares Recht und Schadensberechnung im Kartelldeliktsrecht: Die Entscheidung des LG Dortmund vom 1.4.2004, EWS 2004, 434”, *EWS*, 15, 9, 2004, pp. 403-410, en pp. 403-408; H. BUNGERT, “Inlandsbezug und Vollstreckbarkeit US-amerikanischer Produkthaftungsurteile: Reflexionen im Gefolge des BGH-Urteils vom 4. Juni 1992, ZIP 1992, 1256”, *ZIP*, 11, 1993, pp. 815-824, en p. 815; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 293-308 y 334; C.-M. HAPPE, *Die grenzüberschreitende Wirkung von nationalen Verwaltungsakten*, p. 67; R. HEMPEL, “Private Follow-on-Klagen...”, p. 144; H. KÖHLER, “Kartellverbot und Schadensersatz”, *GRUR*, 106, 2, 2004, pp. 99-103, en p. 100; K. KÖNIG, *Die Anerkennung ausländischer Verwaltungsakte*, pp. 44-51, 83, 84, 90 y 92; T. KÖRBER, “Die Empagran-Entscheidung des US Supreme Court : Anmerkungen zur extraterritorialen Reichweite des US-Antitrustrechts”, *ZWeR*, 2, 4, 2004, pp. 591-603; T. LETTL, “Der Schadensersatzanspruch gemäß § 823 Abs. 2 BGB...”, en p. 476; G. MÄSCH, “Private Ansprüche bei Verstößen gegen das europäische Kartellverbot: ‘Courage’ und die Folgen”, *EuR*, 38, 5, 2003, pp. 825-846, en p. 842; D. MARTINY, “Die Zukunft des europäischen Ordre public im internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht”, en *Privatrecht in Europa: Festschrift für Hans Jürgen Sonnenberger zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 2004, pp. 523-548, en p. 537; M. MEYER, “Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen...”, p. 32; S. MICHAELS, *Anerkennungspflichten im Wirtschaftsverwaltungsrecht...*, p. 100; F. OSSENBÜHL, “Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Verweisung als Mittel der Gesetzgebungstechnik”, *DVBl.*, 1967, pp. 401-408, en p. 402; H.-J. PAPIER/B.-D. OLSCHESKI, “Vollziehung ausländischer Verwaltungsakte”, *DVBl.*, 1976, pp. 45-482, en pp.

Cuestión distinta es que la vinculación del tribunal civil alemán por la decisión de la ANC de otro Estado miembro de la UE sólo será posible cuando ésta aplique el *Derecho antitrust europeo* y no su propia legislación nacional interna: la razón de esta limitación material se encuentra en el propio tenor literal del § 33.4. GWB, conforme al cual la vinculación se reduce a las decisiones que constatan una infracción “de esta Ley” (“dieses Gesetzes”) –es decir, de la GWB– o contra los arts. 101 y 102 TFUE<sup>123</sup>.

57. 4ª) Constituye un *presupuesto del efecto vinculante*, el que la resolución o la sentencia administrativas sean “firmes”: Como señala la mejor doctrina alemana, el presupuesto fundamental para el efecto vinculante del § 33.4 GWB es la validez (*Wirksamkeit*) y la firmeza (*Bestandskraft*) de la decisión administrativa en materia antitrust<sup>124</sup>. Sin la firmeza, no se les reconoce el efecto de “cosa juzgada”, como puso de relieve, *ad ex.*, la sentencia OGH 3 mayo 2006, *cartel del cemento*<sup>125</sup>. Por el contrario, dicho efecto obliga a los tribunales civiles con independencia de la legalidad de la resolución administrativa antitrust (*Rechtmässigkeit*) (= es el tribunal administrativo jerárquico superior quien debe juzgar la legalidad de la decisión adoptada por la ANC y no, en su caso, los tribunales civiles, que, una vez firme, están obligados a acatarla y extraer de ello las consecuencias necesarias para la reparación de los eventuales daños)<sup>126</sup>.

Cuestión distinta es que no toda decisión administrativa en materia antitrust tiene cabida en el § 33.4 GWB. A imagen y semejanza de lo expuesto a propósito del art. 16.1 R. 1/2003, el *efecto vinculante* en el sentido del § 33.4 GWB está reservado a *ciertas clases de decisiones administrativas*: decisiones prohibitivas (*Untersagungsentscheidungen*), decisiones sobre la retirada de la ventaja de una exención por categoría (*Entscheidungen über den Entzug des Rechtsvorteils einer Gruppenfreistellungsverordnung*) y decisiones de imposición de multas (*Bußgeldentscheidungen*)<sup>127</sup>. Por el contrario, carecen del *efecto vinculante* del § 33.4 GWB otras clases de decisiones administrativas en materia antitrust como, *ad ex.*, Comunicaciones (*Mitteilungen*) o Informes (*Berichte*) de las ANC, medidas provisionales (*einstweilige Maßnahmen*) o compromisos (*Verpflichtungszusagen*)<sup>128</sup>.

477-478; N. REICH, “The ‘Courage’ doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?”, *C.M.L.Rev.*, 42, 1, 2005, pp. 35-66, en p. 38; M. RENFERT, *Über die Europäisierung der Ordre public Klausel*, Frankfurt am Main, Lang, 2003, pp. 149-153; A. SCHEFFLER, “Das intertemporale Kartellrecht”, *WRP*, 53, 2, 2007, pp. 163-169, en p. 166; K. SCHMIDT, “‘Privatisierung’ des Europakartellrechts: Aufgaben, Verantwortung und Chancen der Privatrechtspraxis nach der VO Nr. 1/2003”, *ZEuP*, 12, 4, 2004, pp. 881-886, en p. 884; M. SCHÜTT, “Individualrechtsschutz nach der 7. GWB-Novelle”, pp. 1131-1132; W.P.J. WILS, “The relationship between public antitrust enforcement and private actions for damages”, *World Compet.*, 32, 1, 2009, pp. 3-26, en p. 17.

<sup>123</sup> Vid. J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, p. 238.

<sup>124</sup> Vid. J. BERKEMANN, “Anmerkung zu BGH, Urteil vom 11.7. 1985 – III ZR 62/84”, *DVBl.*, 1986, pp. 183-184, en p. 184; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 165-166, 204-208 y 331; H.-U. ERICHSEN/U. KNOKE, “Bestandskraft von Verwaltungsakten”, pp. 186, 190 y 191; C. GRÖPL, “‘Geburt’ und ‘Sterben’ von Verwaltungsakten. Teil 1: Die ‘Geburt’ von Verwaltungsakten”, *Juristische Arbeitsblätter*, 1995, pp. 904-908, en p. 906; J. HARTOG/B. NOACK, “Die 7. GWB-Novelle”, pp. 1404-1405; F. HAUEISEN, “Verwaltungsgerichtliches Urteil und Verwaltungsakt”, *NJW*, 1959, pp. 697-702, en p. 699; F. NICKLISCH, *Die Bindung der Gerichte...*, pp. 39 y 62; F. KNÖPFLE, “‘Tatbestands-’ und ‘Feststellungswirkung’...”, pp. 228-229; D. MERTEN, “Bestandskraft von Verwaltungsakten”, p. 1996; M. RANDAK, “Bindungswirkungen...”, p. 35; M.J. SEIBERT, *Die Bindungswirkung...*, pp. 205 y 219-221.

<sup>125</sup> Vid. G. CERUTTI, “Point de vue: vers une application harmonisée du droit européen de la concurrence par les juges nationaux”, *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 11, abril-junio 2007, p. 167.

<sup>126</sup> Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 208-210 y 331; H.-U. ERICHSEN/U. KNOKE, “Bestandskraft von Verwaltungsakten”, p. 189; P. KIRCHHOF, “Der bestandskräftige Steuerbescheid...”, p. 2983; W. LÖWER, “Funktion und Begriff des Verwaltungsaktes”, p. 806; D. MERTEN, “Bestandskraft von Verwaltungsakten”, p. 1997; F. NICKLISCH, *Die Bindung der Gerichte...*, pp. 46-66; F. OSSENBUHL, “Die Handlungsformen der Verwaltung”, p. 683.

<sup>127</sup> Vid. G.-K. DE BRONETT, “Der Entzug des Vorteils der Anwendung einer Gruppenfreistellung durch nationale Behörden”, *WuW*, 9, 1999, pp. 825-832, en p. 831; D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 176-178, 181-185 y 331; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 225-226; E. WAGNER/M. KLEINE/I. LIEBACH, “Kartellrechtliche Schadensersatzklagen: Bewertung der Vorschläge der Europäischen Kommission im Weißbuch”, *EWS*, 19, 8, 2008, pp. 305-318, en p. 314.

<sup>128</sup> Vid. D. DOHRN, *Die Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen...*, pp. 178-181, 185-186 y 331; R. HEMPEL, “Private Follow-on-Klagen...”, p. 142; M. MEYER, “Die Bindung der Zivilgerichte an Entscheidungen...”, p. 31.

58. 5ª) Asimismo se considera que el *riesgo* de que se lesionen los *derechos de defensa* es *muy reducido*, dado que las ANC trabajan de forma coordinada y cooperan entre ellas, siguiendo las reglas establecidas por la Red Europea de Competencia<sup>129</sup>.

59. 6ª) Por último, el tribunal alemán, en caso de duda, podrá acudir al TJUE en virtud del art. 267 TFUE y plantear una cuestión prejudicial<sup>130</sup>.

## 2. Reino Unido

60. Las acciones por daños que se basen en una decisión sancionadora previa de la *Office of Fair Trading* (en adelante, OFT) o la Comisión Europea en las que sólo se deba determinar la causalidad y el alcance del daño deberán plantearse ante el *Competition Appeal Tribunal* (en adelante, CAT)<sup>131</sup>. El resto de acciones se iniciarán en la jurisdicción ordinaria, en concreto en la *Chancery Division* de la *High Court*. El CAT deberá respetar la decisión sancionadora previa tal y como establece la s. 47ª (9) *Competition Act* (en adelante, CA).

61. La vinculación de la jurisdicción ordinaria se deriva de la s. 58 A (2) CA. Para que la vinculación de los tribunales ordinarios sea posible, la decisión de la OFT, CAT o de la Comisión deberá ser firme, tal y como establece s. 58A CA. A diferencia del sistema alemán, los tribunales ingleses no están obligados a respetar las decisiones de una ANC de otros Estados Miembros. De acuerdo con s. 47A (5) CA, la acción de daños es admisible ante el CAT en el momento que la OFT, el propio CAT o la Comisión constaten una infracción del art 101 o 102 TFUE en una decisión firme. Antes de la firmeza, la demanda puede ser autorizada por la OFT. La vinculación abarca la constatación de la infracción, como el art. 16 R 1/2003 y el art. 33.4 GWB, y sólo frente a aquellos sujetos que hayan tenido suficientes posibilidades de defenderse en el procedimiento administrativo<sup>132</sup>. En la sentencia *Enron*, cuyo origen se encuentra en una decisión del regulador ferroviario (ORR) contra English Welsh & Scottish Railway (EWS) por abuso de posición dominante y precios discriminatorios, la *Court of Appeal* ha definido el alcance exacto de s. 47.9 CA, estableciendo que el CAT no puede ir más allá de la constatación de la infracción en el sentido estricto y, por tanto, no puede pronunciarse sobre los hechos incluidos en la decisión sancionadora: “Court’s task is not to establish liability but to deal with causation & quantum after having identified the findings of infringement. The role of the tribunal is limited to the determination of loss which results from a finding of infringement by a regulator. The tribunal is not therefore concerned with the correctness of that finding but only with whether it has been made. Any challenge to the finding of infringement has to be resolved on an appeal to the tribunal under Article 46 of CA 1998; not in proceedings under 47 A. The tribunal is, for those purposes, bound by the finding which the regulator has made. His function is to do no more than to identify the findings of infringement in the decision [...]”<sup>133</sup>.

<sup>129</sup> Vid. *Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia*, DOUE C 101, 27 abril 2004, pp. 43–53.

<sup>130</sup> Vid. V. EMMERICH, “§ 33 Unterlassungsanspruch, Schadensersatzpflicht”, pp. 1090-1091; J. IMGRUND, *Die Bindung der deutschen Zivilgerichte...*, pp. 62-63, 118-120 y 231-234; J. KOCH, “Kartellrechtsentscheidungen des EuGH in Fällen ohne zwischenstaatlichen Bezug?”, *WuW*, 56, 7-8, 2006, pp. 710-719, en pp. 711 y 713.

<sup>131</sup> Vid. K. DIETZEL/K. GEEURICKX, “Action on damages: a look at the new Directive and its impact in England and Wales”, *Competition Law Insight*, 14, 1, 2015, pp. 8-10; A. KAUBISCH/H.M. SAGMEISTER, “Kartellrechtliche Follow-On-Klagen in England: das House of Lords zur Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen der Europäischen Kommission”, *GRUR Int.*, 56, 11, 2007, pp. 890-893; B.J. RODGER, “Why not court? A study of follow-on actions in the UK”, *Journal of Antitrust Enforcement*, 1, 1, 2013, pp. 104-131.

<sup>132</sup> G. MEESSEN, *Der Anspruch auf Schadensersatz...*, p. 141.

<sup>133</sup> Judgment Court of Appeal 1 julio 2009, *English Welsh & Scottish Railway Ltd v Enron Coal Services Ltd* [2009] EWCA Civ 647. Vid. también *English Welsh & Scottish Railway Ltd v Enron Coal Services Ltd (ECSL)* [2011] EWCA Civ 2. Sobre las vicisitudes de este caso, vid. T. WOODGATE/I. FILIPPI, “The decision that binds: follow-on actions for competition damages after Enron”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 33, 2012, pp. 175-178.

62. De acuerdo con ambos tribunales, la vinculación sólo se refiere a las empresas sancionadas por la decisión de la ANC. En muchos casos, esto incluirá a las matrices en una estructura societaria compleja<sup>134</sup>. No obstante, en *Emerson Electric Co and others v Morgan Crucible Company plc and*

<sup>134</sup> Sobre la aplicabilidad del Derecho de la competencia a los grupos de sociedades, *vid.* L. ABERLE, *Sanktionsdurchgriff und wirtschaftliche Einheit im deutschen und europäischen Kartellrecht*, Köln, Heymann, 2013; L. ABERLE/P.M. HOLLE, "Aufsichtspflichten im Unternehmensverbund", en J. EISELE/J. KOCH/H. THEILE (HRSG.), *Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 117-136; J. ALFARO ÁGUILA-REAL/P. LIÑÁN, "Crítica de la jurisprudencia europea sobre imputación a la sociedad matriz de las infracciones de competencia cometidas por sus filiales", *Revista Española de Derecho Europeo*, 43, 2012, pp. 229-250; 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; L. ARCELIN-LÉCUYER, "Imputabilité de l'infraction au sein d'un groupe: réception de la jurisprudence communautaire par l'Autorité de la concurrence", *Revue Lamy de la concurrence*, n° 27, 2011, pp. 26-28; G. BAUER/J. ANWEILER, "EuG, Verneinung der Haftung einer Muttergesellschaft für Kartellrechtsverletzungen ihrer 100%igen Tochtergesellschaft: EuG 27.10.2010, Rs T-24/05, Alliance One International ua/Kommission", *ÖZK*, n° 2, 2011, pp. 71-75; 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, Mohr Siebeck, 2014, pp. 455-463; M. BERETTA/P.M. FERRARI, "La presunzione di responsabilità delle società madri per le infrazioni alle regole di concorrenza commesse dalle proprie controllate", *Contratto e impresa. Europa*, XV, 1, 2010, pp. 352-362; H. BLASK, *Die Anwendbarkeit der Single-Entity-Theorie im professionellen Fussball: eine rechtsvergleichende Analyse der Bewertung im US-amerikanischen, englischen, deutschen und europäischen Kartellrecht*, Köln, Heymann, 2005; U. BLAUROCK, "Kartellbußgeldhaftung und gesellschaftsrechtlicher Rückgriff", en *Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag*, München, Beck, 2014, pp. 107-119; S. BONI, "Dans quelle mesure et dans quelles conditions une société mère peut-elle profiter de l'issue favorable du recours introduit par sa filiale? CJUE, 22 janvier 2013, Commission/Tomkins, aff. C-286/11 P", *Rev.aff.eur.*, 20, 1, 2013, pp. 131-138; W. BOSCH, "Haftung für kartellrechtswidriges Handeln der Tochtergesellschaft: neue Rechtslage nach dem Urteil in der Rechtssache Elf Aquitaine/Kommission?", *ZWeR*, 10, 3, 2012, pp. 368-379; ID., "Verantwortung der Konzernobergesellschaft im Kartellrecht", *ZHR*, 177, 2/3, 2013, pp. 454-474; A. BROWN/M. SCHONBERG, "Widening the net: the General Court extends the principle of successor liability in EU competition law", *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 1, 2013, pp. 1-5; C. BÜRGER, "Die Haftung der Konzernmutter für Kartellrechtsverstöße ihrer Tochter nach deutschem Recht", *WuW*, 61, 2, 2011, pp. 110-111 y 130-140; M. BUNTSHECK, *Das "Konzernprivileg" im Rahmen von Art. 81 Abs. 1 EG-Vertrag. Analyse der Entscheidungspraxis von Kommission und Gerichtshof unter besonderer Berücksichtigung der Beziehung zwischen Gemeinschaftsunternehmen und ihren Müttern*, Baden-Baden, Nomos, 2002; R. EISSLER, "Danone: die ewigen Sünden einer Muttergesellschaft (Groupe Danone vs. Kommission, EuG vom 25. Oktober, T-38/02)", *ELR*, n° 11, 2006, pp. 452-460; F. GHEZZI/M. MAGGIOLINO, "L'imputazione delle sanzioni antitrust nei gruppi di imprese, tra 'responsabilità personale' e finalità dissuasive", *R. soc.*, 59, 5, 2014, pp. 1060-1123; C.E. GRUNDMEIER, *Rechtspflicht zur Compliance im Konzern*, Köln, Heymann, 2011; S.S. HACKEL, *Konzerndimensionales Kartellrecht: Grundsatzfragen der Zurechnung und Haftung bei Bußgeldbescheiden gegen verbundene Unternehmen*, Baden-Baden, Nomos, 2012; F. HOFFMANN, "Jointly and severally liable: the Court of Justice of the European Union clarifies the foundations of parental liability in the Portielje case", *Competition Law Insight*, 12, 12, 2013, pp. 13-14; P. HUGHES, "Competition law enforcement and corporate group liability: adjusting the veil", *Eur.Compet.L.Rev.*, 35, 2, 2014, pp. 68-87; C. HUMMER, "Kartellrechtliche Haftung von Muttergesellschaften", *Ecolex*, 21, 1, 2010, pp. 64-67; 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; A. KARST, "Kartellrechtscompliance im Konzern", *WuW*, 62, 2, 2012, pp. 121 y 150-156; K. KECSMAR, "Le droit de la concurrence à l'épreuve des structures sociétales obscures: état des lieux et réflexions", *Revue Lamy de la concurrence*, n° 33, 2012, pp. 95-99; 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; R. KLIEBISCH, "Outsourcing eines Kartellrechtsverstößes: Nachhaftung für ausgegliederte Verstöße gegen das europäische Kartellrecht unter besonderer Berücksichtigung des Gemeinschaftsunternehmens", *WRP*, 58, 3, 2012, pp. 295-303; ID., *Das Gemeinschaftsunternehmen im Kartell- und Konzernrecht*, Jena, 2014; M. KLING, "Die Haftung der Konzernmutter für Kartellverstöße ihrer Tochterunternehmen", *WRP*, 56, 4, 2010, pp. 506-518; ID., "Wirtschaftliche Einheit und Gemeinschaftsunternehmen: Konzernprivileg und Haftungszurechnung", *ZWeR*, 9, 2, 2011, pp. 169-191; J. KOCH, "Der kartellrechtliche Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund", *ZHR*, 171, 4, 2007, pp. 554-580; J. KOCH/R. HARNOS, "Der Konzern als Außengesellschaft bürgerlichen Rechts?", en J. EISELE/J. KOCH/H. THEILE (HRSG.), *Der Sanktionsdurchgriff im Unternehmensverbund*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014, pp. 171-188; H. KÖHLER, "EU-Kartellgeldbußen gegen Mutter- und Tochtergesellschaft: gesamtschuldnerische Haftung und Ausgleich im Innenverhältnis", *WRP*, 57, 3, 2011, pp. 277-287; J. KOKOTT/D. DITTERT, "Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte", *WuW*, 62, 7/8, 2012, pp. 660 y 670-683; H.-G. KOPPENSTEINER, "Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 10. September 2009, Akzo Nobel u. a./Kommission, Rs. C-97/08 P", *GPR*, 7, 2, 2010, pp. 92-94; ID., "Gesellschafts- und Kartellrecht", *wbl*, 25, 6, 2011, pp. 285-294; A. KRENZER, "Présomption de responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales en droit communautaire des pratiques anticoncurrentielles", *Revue Lamy de la concurrence*, 15, 2008, pp. 111-113; L. LA ROCCA, "The controversial issue of the parent-company liability for the violation of EC competition rules by the subsidiary", *Eur.Compet.L.Rev.*, 32, 2, 2011, pp. 68-76; C. LAVOIE, "The 'copper fittings' judgments: focus on single continuous infringement and on parent-subsidiary relationship", *J.E.C.L. & Pract.*, 2, 5, 2011, pp. 468-471; J. LEHNER, "Haftung für europarechtliche Kartell- und Wettbewerbsverstöße nach Umstrukturierung oder Unternehmensübertragung", *ÖZK*, n° 5, 2011, pp. 163-171; M.M. LEITÃO MARQUES, "As redes de

*others*, el CAT concluyó que sólo el sujeto formal de la decisión sancionadora puede ser demandado sobre la base de s. 47A CA, y esta sentencia ha sido confirmada por la *Court of Appeal*<sup>135</sup>. Ambos tribunales consideraron inadmisibles que la decisión sancionadora pueda tener efecto sobre la filial que forma parte de la sociedad matriz sancionada por la Comisión Europea. La sentencia del CAT incide en que, en este caso, la decisión sancionadora de la Comisión no contiene hechos o indicios que puedan llevar a concluir que la filial haya participado en la conducta anticoncurrencial. De esta forma, la responsabilidad aguas arriba sí es posible y aguas abajo se limita; por lo que se reduce el atractivo para acciones poco vinculadas al Reino Unido provocado por la sentencia *Provimi*<sup>136</sup>.

empresas: um desafio ao direito da concorrência”, en *Estudos jurídicos e económicos em homenagem ao prof. doutor António de Sousa Franco*, vol. 3, Lisboa, Coimbra, 2006, pp. 177-191; 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; M. MAYER, “Kartellrecht: Haftung von Gesellschaftern eines Gemeinschaftsunternehmens”, *Ecolex*, 22, 9, 2011, pp. 835-836; H.J. MEYER-LINDEMANN/C.G.Y. VON WARTENBURG/A. KAFETZOPOULOS, “Private equity investors are not immune to antitrust risks in the European Union”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 35, 8, 2014, pp. 367-368; R. MIKLÓS BABIRAD, “Case comment: Commission v. Tomkins”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 34, 7, 2013, pp. 386-391; 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; A. MONTESA/A. GIVAJA, “When parents pay for their children’s wrongs: attribution of liability for EC antitrust infringements in parent-subsidiary scenarios”, *World Compet.*, 29, 4, 2006, pp. 555-574; F.M. MUCCIARELLI, “Accordi intra-gruppo e divieto d’intese anticoncorrenziali”, *G. comm.*, 34.2, 2007, parte I, pp. 195-207; O. ODUDU/D. BAILEY, “The single economic entity doctrine in EU competition law”, *C.M.L.Rev.*, 51, 6, 2014, pp. 1721-1757; I. OEST, “EuGH bestätigt: Mütter haften für Kartellverstöße ihrer Töchter”, *BB*, 67, 20, 2012, p. 1229; M. OLAERTS/C. CAUFFMAN, “Química: further developing the rules on parent-company liability”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 32, 9, 2011, pp. 431-440; P. OSTENDORF/A. GRÜN, “Die Geltung des Konzernprivilegs im Rahmen des Missbrauchsverbots im Europäischen und Deutschen Kartellrecht”, *WuW*, 9, 2008, pp. 950-961; A. PAPPALARDO, “L’imputabilità aux sociétés mères des violations de l’article 101 § 1er TFUE, par leurs filiales”, en *Scrutinizing internal and external dimensions of European law / Les dimensions internes et externes du droit européen à l’épreuve: liber amicorum Paul Demaret*, vol. II, Bruxelles, P.I.E. Lang, 2013, pp. 641-647; N.I. PAUER, *The single economic entity doctrine and corporate group responsibility in European antitrust law*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2014; V. PIRONON, “Actualités de droit de la concurrence et des pratiques anticoncurrentielles: les groupes de sociétés en droit des pratiques anticoncurrentielles”, *Petites affiches*, 400, 199, 2011, pp. 3-6; J.K. DE PREE/S.C.H. MOLIN, “Shareholder liability for joint venture infringements in the European Union”, *Fordham Int.L.J.*, 34, 3, 2011, pp. 431-451; A. RIESENKAMPPF, “Die Haftung im Konzern für Verstöße gegen europäisches Kartellrecht”, en R.M. HILTY/J. DREXL/W. NORDEMANN (Hrsg.), *Schutz von Kreativität und Wettbewerb: Festschrift für Ulrich Loewenheim zum 75. Geburtstag*, München, 2009, pp. 529-543; A. RIESENKAMPPF/U. KRAUTHAUSEN, “Liability of parent companies for antitrust violations of their subsidiaries”, *Eur.Compet.L.Rev.*, 31, 1, 2010, pp. 38-41; P. SANDER, “Das Konzernprivileg im europäischen und österreichischen Wettbewerbsrecht”, *ÖZK*, n° 1, 2008, pp. 20-27; A.-A. SKOCZYLA, *Verantwortlichkeit für kartellrechtliche Verstöße im Konzern: im schweizerischen und europäischen Recht*, Bern, 2011; A.-Z. STEINER, “Das Konzernprivileg im Rahmen des Art 101 Abs 1 AEUV”, *ÖZK*, n° 3, 2013, pp. 83-88; G. DE STEFANO, “General Court rules on successor liability and apportionment of group liability in the gas insulated switchgear cartel”, *J.E.C.L. & Pract.*, 2, 4, 2011, pp. 344-346; A. SVETLICINI, “Who is to blame? Liability of ‘economic units’ for infringements of EU competition law (Knauf Gips KG vs. European Commission, ECJ (Second Chamber), judgment of 1 July 2010, C-407/08 P)”, *ELR*, n° 2, 2011, pp. 52-56; Id., “Parental liability for the antitrust infringements of subsidiaries: a rebuttable presumption or probatio diabolica? (Arkema SA vs. European Commission, ECJ (Second Chamber), judgment of 29 September 2011, C-520/09 P, and Elf Aquitaine SA vs. European Commission, ECJ (Second Chamber), judgment of 29 September 2011, C-521/09 P)”, *ELR*, n° 10, 2011, pp. 288-292; 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; V. TERRIEN, “Droit de la concurrence: la présomption de responsabilité frappant les sociétés mères”, *J.D.E.*, 20, 185, 2012, pp. 1-7; S. THOMAS, “Guilty of a fault that one has not committed: the limits of the group-based sanction policy carried out by the Commission and the European courts in EU-antitrust law”, *J.E.C.L. & Pract.*, 3, 1, 2012, pp. 11-28; A. TSCHIRSCHKE, *Die Sanktionierung des Unternehmensverbundes: Bestandsaufnahme, Perspektiven und Europäisierung*, Baden-Baden, Nomos, 2013; P. VOET VAN VORMIZEELE, “Die EG-kartellrechtliche Haftungszurechnung im Konzern im Widerstreit zu den nationalen Gesellschaftsrechtsordnungen”, *WuW*, 60, 10, 2010, pp. 988-989 y 1008-1019; 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, Mohr Siebeck, 2014, pp. 5-72; G. WILHELM, “Durchgriffs-Haftung der Mutter aus Kartellverstoß der Tochter? zu 10.9.2009, C-97/08 p, Akzo Nobel”, *Ecolex*, 23, 5, 2012, p. 365; J. YUAN, *Gemeinschaftsunternehmen im europäischen, amerikanischen und chinesischen Kartellrecht*, Hamburg, 2012.

<sup>135</sup> Judgment Court of Appeal, 28 noviembre 2012, *Emerson Electric Co and others v Mersen UK Portslade Ltd* [2012] All ER (D) 341 (Nov), [2012] EWCA Civ 1559.

<sup>136</sup> Vid. *Provimi Ltd. v Roche Products Ltd. and other actions*, 6 junio 2003, [2003], EWHC 961 (Comm) [2003], 2 All ER (Comm) 683; F.W. BULST, “The Provimi Decision of the High Court: Beginnings of Private Antitrust Litigation in Europe”, *European Business Organization Law*, 2003, pp. 623-650; 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.

### 3. Austria

63. En el caso de Austria, el § 37a (3) de la *KartG Schadenersatz wegen Wettbewerbsvertößen*, introducido por la KaWeRÄG 2012, en vigor desde 1 marzo 2013, establece la vinculación a las decisiones del *Kartellgericht* austríaco (Tribunal de Defensa de la Competencia que controla las decisiones que propone la ANC austríaca), de la Comisión Europea y de las ANC en el sentido del R. 1/2003, siguiendo el ejemplo del sistema alemán<sup>137</sup>.

### 4. Francia

64. En Francia, es la jurisdicción ordinaria la que resuelve los litigios que suscita la aplicación privada del Derecho de la competencia<sup>138</sup>. Para facilitar su tarea, el ordenamiento jurídico francés le permite a los jueces solicitar una opinión sobre las normas francesas y europeas reguladoras de los ilícitos concurrenciales (arts. L. 420-1, L. 420-2 y L. 420-5 del *Code de commerce* y arts. 101 y 102 TFUE) a su propia ANC (art. L. 462-3 del *Code de commerce*) y concentra estos tipos de contenciosos en algunos jueces especializados: ocho tribunales de gran instancia y ocho tribunales de comercio (Marsella, Burdeos, Lille, Fort-de-France, Lyon, Nancy, París, Rennes) (art. R. 420-3 del *Code de commerce*)<sup>139</sup>. En la práctica, se observa que, mejor que solicitar la cooperación de la Comisión europea, estos jueces prefieren la interposición de una cuestión prejudicial con base en el art. 267 TFUE<sup>140</sup>.

65. En Francia, las decisiones de la *Autorité de la Concurrence* no vinculan legalmente a los tribunales nacionales<sup>141</sup>. La ANC –se señala– no es más que un *tercero* frente al juez (Cass., ch. Comm., 15 octubre 1996, n° 94-21008, *Société des pompes funèbres générales*)<sup>142</sup>. No obstante, en la práctica, las decisiones sancionadoras gozan de gran valor probatorio ante los tribunales civiles<sup>143</sup>. Cabe, pues, preguntarse por las razones de esta paradoja. En efecto, quienes defienden lo primero recuerdan el principio de independencia del juez. Quienes enfatizan lo segundo emplean tres argumentos: Primero: Es arduo rechazar la “simetría del alcance” (*symétrie de portée*) de las decisiones de la Comisión y del *Conseil de la concurrence* en la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE<sup>144</sup>. Segundo: Es difícil sostener que la independencia del poder judicial esté seriamente amenazada, visto que las decisiones del *Conseil de la concurrence* son susceptibles de recurso ante el propio poder judicial<sup>145</sup>. Tercero: Reconocer

<sup>137</sup> El texto original dice así: “*Ein Zivilgericht ist an eine in einer rechtskräftigen Entscheidung des Kartellgerichts, der Kommission der Europäischen Union oder einer Wettbewerbsbehörde im Sinn der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 getroffene Feststellung, dass ein Unternehmen die in der Entscheidung angeführte Rechtsverletzung rechtswidrig und schuldhaft begangen hat, gebunden*”. Traducción por los autores: “Un Tribunal civil está vinculado a una decisión firme del Tribunal de Competencia, de la Comisión Europea o de otra Autoridad de Competencia en el sentido establecido por el Reglamento (CE) n° 1/2003 en relación a la constatación en la decisión sobre una violación del Derecho culpable y antijurídica realizada por una empresa”. Vid. D. ASHTON/D. HENRY/F.P. MAIER-RIGAUD/U. SCHWALBE, *Competition damages actions in the EU: law and practice*, Cheltenham, Elgar, 2013, p. 6; R. HOFFER/J. BARBIST, *Das neue Kartellrecht*, Wien, LexisNexis, 2013, p. 87; A. REIDLINGER/I. HARTUNG, *Das österreichische Kartellrecht: ein Handbuch für Praktiker*, Wien, Linde, 2014, pp. 244-254.

<sup>138</sup> Vid. C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, pp. 1417-1420.

<sup>139</sup> Vid. D. BOSCO, “La spécialisation judiciaire française en matière de concurrence dans l’impasse”, *Concurrences*, n° 1, 2011, pp. 236-240; C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, pp. 1420-1421.

<sup>140</sup> Vid. Cass. com., 21 mayo 2006, *Bull. Civ.*, n° 141, p. 123.

<sup>141</sup> Vid., *ad ex.*, Cass. com., 17 julio 2001, n° 99-17.251; T. com. Nanterre, 3° ch., 16 septiembre 1997, *SA Concurrence c/ Sony*; Cass. com., 17 julio 2001, n° 99-17.251; TGI Paris, 17 diciembre 2013, n° 10-03480; J. GRANGEON, *La réparation du dommage concurrentiel saisie par le droit de l’Union européenne. Approche comparative. – Mémoire de master 2 recherche Droit européen des affaires / sous la direction du Professeur Éric Carpano*, Lyon, Équipe de Droit International, Européen et Comparé, (Les Mémoires de l’Équipe de Droit International, Européen et Comparé: n° 6), 2014, p. 54 (documento disponible en <http://ediec.univ-lyon3.fr/publications>); J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, p. 193.

<sup>142</sup> Vid. C. PRIETO/D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence...*, p. 1429, nota 1720.

<sup>143</sup> Vid., *ad ex.*, Cass. com., 23 marzo 2010, n° 08-21768 y 08-20.427; D. ASHTON/D. HENRY/F.P. MAIER-RIGAUD/U. SCHWALBE, *Competition damages actions in the EU: law and practice*, Cheltenham, Elgar, 2013, p. 100; J. RIFFAULT-SILK, “Binding effect of NCA decisions...”, p. 193.

<sup>144</sup> Vid. C. PRIETO, “Les enseignements de l’expérience américaine...”, p. 55.

<sup>145</sup> Vid. C. PRIETO, “Les enseignements de l’expérience américaine...”, p. 55.

el efecto vinculante de las decisiones administrativas sobre competencia es favorecer el desarrollo del *private enforcement* –es decir, la indemnización de los daños anticompetitivos– y, por tanto, favorecer a las víctimas<sup>146</sup>.

## 5. Italia

66. En el período 1990-2010, hubo en Italia 91 pronunciamientos de jueces civiles en materia antitrust a consecuencia de 69 acciones *stand alone* y 22 acciones *follow-on*<sup>147</sup>. En Italia, las decisiones de la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (en adelante, AGCM) no vinculan, en principio, a los tribunales nacionales<sup>148</sup>. En efecto, hay dos buenas razones que permitirían llegar a esta conclusión:

1ª) El Derecho europeo prevé, *grosso modo*, que “cuando la Comisión haya verificado una infracción a los arts. 101 y 102 TFUE, las víctimas de tal infracción puedan utilizar la decisión de la Comisión como prueba vinculante en un proceso civil por daños [...]” (A. TROTTA)<sup>149</sup>. La posición de la AGCM no es parangonable a la de la Comisión europea: falta en el ordenamiento italiano un mecanismo análogo al que permite asegurar la supremacía y uniformidad del Derecho europeo sobre y/o frente al Derecho nacional<sup>150</sup>.

2ª) El art. 33.2 de la *Legge 10 ottobre 1990, n. 287 - Norme per la tutela della concorrenza e del mercato* (*Gazzetta Ufficiale* del 13 ottobre 1990, n. 240) no se pronuncia sobre el valor que pueda tener una decisión administrativa o contencioso-administrativa condenatoria de un ilícito antitrust en un juicio civil posterior de nulidad o indemnización por daños causados por ese mismo ilícito antitrust. El *silencio del legislador italiano* a este respecto avala –como se ha observado– la tesis de la *competencia concurrente y autónoma del juicio civil* respecto a los poderes de verificación del ilícito anticompetitivo confiados a la AGCM (= *principio de independencia recíproca entre las valoraciones de carácter administrativo y las de los jueces civiles*)<sup>151</sup>.

67. No obstante, en la práctica, las decisiones sancionadoras gozan de gran valor probatorio ante los tribunales civiles<sup>152</sup>. Como observa algún autor (M. CARPAGNANO), “[d]e hecho, [...] la prudencia, el buen sentido y una clara indicación de la jurisprudencia más reciente del Tribunal de casación sugieren al juez civil prestar una particular atención a las valoraciones realizadas por AGCM en los casos en los que ésta se haya ya pronunciado sobre la misma cuestión que está siendo sometida al examen del juez civil”<sup>153</sup>. Sin duda, dicho con otros términos, los órganos judiciales no pueden permanecer insensibles ante un cúmulo de factores que favorecen el reconocimiento de una cierta *auctoritas* a las resoluciones administrativas sobre libre competencia: la especialización de la ANC, su mayor experiencia en la aplicación de las normas de competencia, las amplias facultades de que dispone y el peso de los estudios económicos en que se apoyan sus resoluciones<sup>154</sup>. En sentido estricto, los procedimientos administrativos no tendrían un efecto vinculante (*binding effect*), pero sí el valor de una “prueba privilegiada” (*prova privilegiata*) de la existencia del ilícito (y, en ocasiones, de los efectos

<sup>146</sup> Vid. R. AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles: étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, Bruxelles, Bruylant, 2014, en especial pp. 125-129, 340-408 y 571-600.

<sup>147</sup> Vid. M. CARPAGNANO, “Litigación en Derecho de la competencia: la perspectiva italiana (1990-2010)”, en L.A. VELASCO SAN PEDRO Y OTROS (DIR.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 81-102, concr. pp. 86-87.

<sup>148</sup> Vid., en general, M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione nella tutela della concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 118 y 148-154.

<sup>149</sup> A. TROTTA, “Il rapporto tra il giudizio civile...”, p. 363.

<sup>150</sup> Sentenza della Corte di Cassazione, 13 febrero 2009, n° 3640, *Foro it.*, 2009, I, c. 1901.

<sup>151</sup> Vid. respectivamente A. TROTTA, “Il rapporto tra il giudizio civile...”, p. 363 y M. CARPAGNANO, “Litigación en Derecho de la competencia...”, p. 88.

<sup>152</sup> D. ASHTON/D. HENRY/F.P. MAIER-RIGAUD/U. SCHWALBE, *Competition damages...*, p. 100.

<sup>153</sup> M. CARPAGNANO, “Litigación en Derecho de la competencia...”, p. 88.

<sup>154</sup> Vid. M. NEGRI, *Giurisdizione e amministrazione...*, p. 126.



de la conducta ilícita sobre el mercado), que beneficiaría al potencial demandante<sup>155</sup>; puesto que, salvo que el demandado demuestre lo contrario, podrá dedicar su energía a demostrar los otros elementos constitutivos de la acción (*ad ex.*, la existencia de un daño vinculado causalmente a la conducta ilícita, su cuantificación, etc.)<sup>156</sup>. Dicho con otros términos, frente a los hechos ilícitos y a sus efectos en el mercado, al demandado en el proceso civil por daños antitrust no le cabrá más posibilidad que alegar a este respecto hechos nuevos o valoraciones (generalmente explicaciones económicas) nuevas y rigurosas que desmientan las apreciaciones que ya se realizaron en el procedimiento administrativo y que no fueron tenidas en cuenta en el transcurso de éste: se trata, en última instancia, de una tarea laboriosa y difícil, casi condenada de antemano al fracaso<sup>157</sup>. La sentencia de la Corte de casación italiana de 2 febrero 2007, n° 2305, *Fondiaría SAI c. Nigriello*, constituye, quizá, la decisión más representativa de esta corriente jurisprudencial<sup>158</sup>; aunque, desde luego, no es la única<sup>159</sup>. *Ejemplo*: Entre 1994 y 2000, como consecuencia de una entente entre aseguradoras, las pólizas por responsabilidad civil de automóviles incrementaron su prima, en Italia, un 96'55% y, con respecto a la media europea, un 63%. Un automovilista italiano consiguió que se condenase a la compañía aseguradora de su vehículo (Allianz spa [anteriormente, Riunione Adriatica di Sicurtà spa]) al pago de los daños causados por la participación de ésta en un pacto colusorio que fue condenado por la AGCM (procedimiento AGCM de 28 julio 2000, n° 8546) y por el incremento de la prima de las pólizas que el cartel entre compañías aseguradoras de responsabilidad civil de automóviles causó<sup>160</sup>. La aseguradora se defendió, afirmando que el incremento de las primas no se debió al cartel sancionado por la AGCM. La Corte di Cassazione italiana, que desestimó el recurso de la compañía aseguradora, le recordó, entre otros, dos factores que condicionaron claramente el resultado final: Primero: que “el papel de prueba privilegiada de las actas del procedimiento público realizado por la misma Autoridad Garante y después en sede de la justicia administrativa (entre otras, con relación a la existencia del comportamiento verificado o de la posición poseída en el mercado y de su eventual abuso [...]), aunque no excluye la facultad para la aseguradora de suministrar la prueba contraria [...], impide que puedan volver a discutirse precisamente los hechos constitutivos de la afirmación de la existencia de la violación de la normativa en materia de competencia, basándose en el mismo material probatorio o en las mismas argumentaciones ya desoídas en aquella sede [...]”<sup>161</sup>. Segundo: que “la anteriormente reconocida facultad de la compañía asegurado demandada en reparación del daño de suministrar la prueba contraria a la mencionada presunción de responsabilidad con respecto a la existencia del nexo causal entre el ilícito concurrencial y el daño y a la entidad del daño mismo no puede tener por objeto circunstancias atinentes a la situación general del mercado asegurador –como los costes que gravan a todas las empresas por causa de los fraudes, de las adaptaciones impuestas por las Directivas comunitarias, etc.– y, en particular, las mismas circunstancias o pruebas (o elementos de prueba) que la AGCM ha tenido ya presentes al formular su juicio y

<sup>155</sup> A. TROTTA, “Il rapporto tra il giudizio civile...”, p. 364.

<sup>156</sup> Sentenza della Corte di Cassazione, 13 febrero 2009, n° 3640, *Foro it.*, 2009, I, c. 1901. *Vid.* M. CARPAGNANO, “Vent’anni di applicazione giudiziale delle regole di concorrenza in Italia: 1990-2010”, *Concorrenza e Mercato*, 2011, pp. 283-304, en especial p. 292.

<sup>157</sup> A. TROTTA, “Il rapporto tra il giudizio civile...”, p. 364.

<sup>158</sup> Comentada, *ad ex.*, por G. AFFERNI, “Il risarcimento del danno per violazione del diritto antitrust italiano: nesso di causalità e prova del danno”, *Danno e Responsabilità*, n° 7, 2007, pp. 764-769; G.A. BENACCHIO/M. CARPAGNANO, *L’azione di risarcimento del danno per violazione delle regole comunitarie sulla concorrenza*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2007, en especial pp. 38 y 41; M. CARPAGNANO, “Una pietra sopra. Commento alla sentenza della Corte di Cassazione n. 2305/07 in tema di private enforcement”, *Danno e Responsabilità*, n° 7, 2007, pp. 769-777.

<sup>159</sup> *Vid.*, *ad ex.*, Corte di Cassazione, 10 mayo 2011, n° 10211, *Foro it.*, 2011, I, c. 2675; Corte di Cassazione, 20 junio 2011, n° 13486, *Foro it.*, 2011, I, c. 2674.

<sup>160</sup> Sentenza della Corte di Cassazione, 20 junio 2011, n° 13486, *Foro it.*, 2011, I, c. 2674.

<sup>161</sup> El texto original completo dice así: “*il ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico condotto dalla stessa Autorità Garante e poi in sede di giustizia amministrativa (tra le altre, in relazione alla sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso, v. Cass., ord. 22 febbraio 2010, n. 4261), pur non precludendo la facoltà, per la assicuratrice, di fornire la prova contraria (per tutte, v. Cass. 2 febbraio 2007, n. 2305), impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi dell’affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza, se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede (sulla fruibilità diretta, da parte dei singoli utenti o consumatori, delle relative decisioni, v., sia pure per profili anche in parte diversi, Cass. 5941/11 e 5942/11)*”.

que ha considerado irrelevantes a los fines de excluir la conexión entre los comportamientos colusivos y el incremento de las primas”<sup>162</sup>.

68. En todo caso, Italia tendrá que introducir el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE en su ordenamiento de forma expresa.

## 6. España

69. El art. 9 de la Directiva 2014/104/UE puede inicialmente no encajar de manera plena con el ordenamiento español. En efecto, las resoluciones administrativas siempre son revisables en la vía contenciosa y no vinculan, en principio, a los tribunales civiles. Además, el art. 12.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial protege la libertad del orden jurisdiccional, cuando dispone que: “En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial”. De lo que es fácil inferir, *a fortiori*, que, si no les vinculan otras resoluciones judiciales, menos les vincularán las administrativas. De ahí, que la *opinión dominante* en España haya defendido que no es posible otorgar carácter vinculante a una decisión administrativa frente a un órgano judicial. Si así fuera, se vería en peligro la independencia del poder judicial, que quedaría vinculado por una decisión del poder ejecutivo: ni las resoluciones de la ANC española (sea la CNMC o las autoridades autonómicas) ni las decisiones judiciales de lo contencioso-administrativo que resuelven los recursos interpuestos contra aquéllas vincularían, actualmente, a los jueces de lo mercantil<sup>163</sup>. Cuestión distinta sería la posibilidad de que el juez aprovechara la resolución administrativa, valorando, junto con otras pruebas, esta última y, en especial, los análisis, estudios económicos y pruebas empleadas en el procedimiento administrativo<sup>164</sup>.

70. No obstante, la STS 9 noviembre 2013 se ha pronunciado, entre otros extremos, a favor de la vinculación de los tribunales civiles a las resoluciones administrativas firmes en cuanto a los hechos<sup>165</sup>. Se trataba de una demanda de daños planteada contra el cártel del azúcar en España. Se debatía

<sup>162</sup> El texto original completo dice así: “*la già riconosciuta facoltà della compagnia assicuratrice convenuta in risarcimento del danno, di fornire la prova contraria alla suddetta presunzione di responsabilità in ordine alla sussistenza del nesso causale fra l’illecito concorrenziale e il danno ed all’entità del danno medesimo, non può avere ad oggetto circostanze attinenti alla situazione generale del mercato assicurativo - quanto ai costi gravanti su tutte le imprese a causa delle truffe, degli adeguamenti imposti dalle Direttive comunitarie, ecc. - ed in particolare le medesime circostanze e prove (o elementi di prova) che l’AGCM ha già tenuto presenti nel formulare il suo giudizio e che ha ritenuto irrilevanti al fine di escludere il collegamento fra i comportamenti collusivi e la lievitazione dei premi*”.

<sup>163</sup> *Vid.*, *ad ex.*, sobre esta polémica en la doctrina española, dentro de la línea mayoritaria, H. BROKELMANN, “Conflictos y soluciones en la administración paralela administrativa y judicial”, en S. MARTÍNEZ LAGE/A. PETITBÒ I JUAN (COORD.), *La modernización del Derecho de la competencia*, Madrid, Fundación Rafael del Pino, Marcial Pons, 2007, pp. 89-108, en especial p. 101; A.-L. CALVO CARAVACA, *Derecho Antitrust Europeo*, t. I, *Parte General: La competencia*, Madrid, Editorial Colex, 2009, p. 616; I. COLOMER HERNÁNDEZ, “La tutela judicial de la defensa de la competencia”, en L. PAREJO ALFONSO/A. PALOMAR OLMEDA (DIR.), *Derecho de la competencia: Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, Madrid, La Ley, 2008, pp. 438-605, en especial pp. 462-463 y 502-503; C. HERRERO SUÁREZ, “La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo: El Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia”, *RCD*, n° 3, 2008, pp. 103-117, en especial p. 111; F. MARCOS FERNÁNDEZ, “La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia...”, p. 100; I.S. ORTIZ BAQUERO, *La aplicación privada...*, pp. 503-543, en especial pp. 517-528, y p. 646; I. RODRÍGUEZ SASTRE, “Comentario a la disposición adicional primera de la LDC”, en M. ODRIÓZOLA (DIR.), *Derecho Español de la Competencia: Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 1173-1205, en especial p. 1195. En la línea mayoritaria, se inscriben, *ad ex.*, la SAP Gerona 16 abril 2002, FJ 5; SAP Madrid 5 julio 2005, FJ 8; SAP Madrid 7 octubre 2005; SAP Madrid 19 noviembre 2005, FJ 5.

En contra, J. PÁSSAS/J. PÉREZ, “Reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa sobre competencia”, en A. CREUS (ED.), *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Jornada de estudio de la AEDC*, Madrid, Wolters Kluwer, 2008, pp. 249-278, en especial en p. 276; J. PÉREZ-BUSTAMANTE KÓSTER/J. PÁSSAS OGALLAR, “Reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa sobre competencia”, *RCD*, n° 1, 2008, pp. 249-278, en especial pp. 275-276. Posiblemente en esta línea, la STS 15 abril 2009, FJ 2; aunque es discutible, puesto que una sentencia dudosa no vale (*sentencia incerta non valet* [Digesto, 42, 1, 59, 2]).

<sup>164</sup> *Vid.* SAP Valladolid 9 octubre 2009, FJ 1.

<sup>165</sup> *Vid.* STS, 9 noviembre 2013 [ROJ 5819/2013](#) y [RTDC 15 abril 1999 426/98 Azúcar](#). *Vid.* también STS 8 junio 2012, [ROJ STS 5462/2012](#).

la trascendencia de la resolución de la ANC (en este caso, el extinto TDC), que había sido confirmada por la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Por tanto, aunque en España no se disponga de una norma como la empleada en otros Estados miembros, la jurisprudencia (o, al menos, una jurisprudencia *in fieri*) ha confirmado la necesidad de respetar las resoluciones de otros órganos. En efecto, el art. 222.4 LECiv. establece el efecto de cosa juzgada en cuanto a la fijación de los hechos por un procedimiento sancionador administrativo. Precisamente la STS se pronuncia sobre una de las primeras acciones de seguimiento que se plantearon después de la resolución sancionadora del TDC de 1999: El procedimiento sancionador fue iniciado como consecuencia de la denuncia planteada por la asociación de fabricantes de galletas y otras empresas en 1996. Así, el demandado Ebro y otros fueron condenados por el TDC en 1999 al pago de una sanción de 8,74 millones de euros por infringir el artículo 101.1.a) TFUE y el artículo 1.1.a) LDC; ya que habían concertado los precios de venta del azúcar para usos industriales que era comprado por los demandantes de las acciones de daños posteriores. La resolución del TDC fue confirmada en las instancias superiores y por el TS en marzo de 2006<sup>166</sup>. Un año después de dicha resolución, diversas empresas fabricantes de dulces y galletas iniciaron dos acciones de daños ante los tribunales de Valladolid y Madrid en las que se reclamaban los daños y perjuicios causados por el cartel. Estos tribunales concedieron indemnizaciones que alcanzaron los 5 millones de euros en total, que fueron confirmadas por las sentencias TS de 2012 y 2013 antes citadas<sup>167</sup>.

71. En relación a la *vinculación de la jurisdicción civil a la resolución sancionadora* del TDC de 1999 por la que se confirma que los demandados habían concertado precios de forma ilícita y, por tanto, subido los precios del azúcar industrial y perjudicado al mercado afectado, la STS 9 noviembre 2013 recuerda la doctrina del TC respecto a estos extremos por la que: “*la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron no sólo es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), sino que también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) pues no resultan compatibles la efectividad de dicha tutela y la firmeza de los pronunciamientos judiciales contradictorios. Igualmente se ha destacado que en la realidad histórica relevante para el Derecho no puede admitirse que unos hechos existen y dejan de existir para los órganos del Estado, pues a ello se oponen principios elementales de lógica jurídica y extrajurídica, salvo que la contradicción derive de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas*”<sup>168</sup>. De esta forma, una apreciación distinta de los hechos sólo será posible, si se motiva. Continúa el TS, resaltando que la vinculación a los hechos considerados probados en anteriores resoluciones judiciales tiene mayor sentido en un sistema basado en las acciones de seguimiento o *follow-on claims*, esto es precisamente el tipo de demandas para las que se ha redactado el art. 9 de la Directiva 2014/104/UE.

72. El *escenario fáctico* sobre el que se dictaron las resoluciones del cartel del azúcar es el mismo aplicable a la mayoría de las acciones *follow-on*: *la existencia de una conducta ilícita* (= hechos fácticos + valoración jurídica por la ANC o jurisdicción contencioso-administrativa); puesto que, en la acción civil, se reclama la indemnización de los daños y perjuicios causados por el cartel, cuya actuación fue objeto de la sentencia o resolución administrativa.

73. Por último, en esta sentencia, el TS distingue entre los *hechos fácticos y su valoración jurídica* por la ANC y *otros aspectos*. Con base en los *principios de seguridad jurídica y eficiencia*, es posible evitar que los tribunales civiles vuelvan a juzgar los mismos hechos. No obstante, el TS considera con acierto que las conclusiones del órgano administrativo (entonces, el TDC) en relación a *la causalidad y el cálculo del daño* pueden ser ignoradas, debido a la diferente naturaleza de ambos pro-

<sup>166</sup> STS 22 marzo 2006, R. 5688/2003.

<sup>167</sup> No se trata de las primeras acciones de seguimiento en España; aunque sí de las primeras derivadas de una infracción del art. 101 TFUE y 1 LDC. Las otras acciones se han basado en abusos de posición dominante y la infracción del art. 102 TFUE y 2 LDC, *vid.*, al respecto, F. MARCOS FERNÁNDEZ, “Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)”, *G.C.L.R.*, 6, 4, 2013, pp. 167-208.

<sup>168</sup> STC 28 septiembre 2009, 192/2009.

cedimientos, siguiendo así la doctrina *Otis*. Es más, el TS recuerda que es la jurisdicción civil la única que puede determinar *quién ha sufrido el daño y en qué importe*, al analizar la defensa *passing-on*<sup>169</sup>.

## VI. Conclusión

74. La aplicación privada del Derecho antitrust es un elemento esencial para garantizar la eficacia necesaria del mismo. Por ello, las decisiones administrativas adoptadas por una ANC merecen ser respetadas y reconocidas en otros Estados miembros. A día de hoy, la CEDH, la Red de Competencia Europea y el mecanismo de cooperación y reparto de asuntos entre la Comisión y las ANC permiten garantizar unos mínimos comunes en todos los Estados miembros. Asimismo, las ANC y los tribunales ordinarios deben aplicar el Derecho antitrust europeo además del suyo propio cuando la conducta afecte el mercado intracomunitario y no le corresponda a la Comisión Europea decidir sobre una determinada conducta. Así, en ocasiones las ANC y los tribunales nacionales ya adoptan decisiones y sentencias cuyo alcance material puede ir más allá de las propias fronteras. Por otra parte, el Derecho Internacional Privado Europeo y, en concreto, el art. 6.3 Reglamento Roma II también permite a un tribunal civil optar por el Derecho del mercado afectado de otro Estado miembro o del suyo propio. En efecto, el Derecho antitrust no puede quedar circunscrito a las fronteras de un Estado, sino más bien al alcance geográfico de una conducta concreta y éste se determina según los efectos de la misma. Tampoco puede quedar circunscrito al ámbito administrativo; ya que tiene efectos en el ámbito civil, por lo que las normas civiles deben de ser adaptadas para garantizar la debida eficacia. De esta forma, limitar la vinculación a las decisiones de la ANC del Estado miembro en el que se plantee la acción civil implica limitar los efectos de una decisión sancionadora a las fronteras de un Estado miembro; aunque su alcance material sobrepase dichos límites. Esta situación restaría eficacia al Derecho antitrust. En caso de duda, el tribunal civil siempre podrá acudir a los Tribunales Europeos, tal y como establece el tercer apartado del art. 9 de la Directiva 2014/104/UE. Posibles situaciones de *bad forum shopping* se pueden corregir por el Derecho Internacional Privado, que ya establece mecanismos que aseguran la competencia del tribunal más cercano al litigio y, en especial, la aplicación del Derecho más apropiado, el del mercado afectado. De hecho, el reconocimiento introducido en Alemania y Austria no han provocado *forum shopping* y las acciones *follow-on* que se están planteando en estos países tienen su origen en decisiones sancionadoras de la Comisión Europea o de sus propias ANC. Por último, el demandante y perjudicado también debe de poder confiar en el resultado de un procedimiento sancionador planteado ante otro Estado miembro. Por ello, consideramos que, en aras de garantizar una aplicación eficiente, resulta necesario que la jurisdicción civil pueda reconocer las decisiones de las ANC nacionales y las de otros Estados miembros, siempre y cuando la parte demandada no se hubiese encontrado en una situación de indefensión durante dicho procedimiento.

---

<sup>169</sup> No obstante, la CNMC ha incluido expresamente a diversos perjudicados en recientes resoluciones sancionadoras. *Vid., ad ex.*, CNMC 4 diciembre 2014, S/0453/12, *Rodamientos Ferroviarios*, en la que se menciona a RENFE como empresa perjudicada por el cártel o CNMC 15 enero 2015, S/0473/13, *Postes de Hormigón*, en la que se mencionan diversas empresas que han adquirido productos del cartel sancionado.