

ANTONI FONT I RIBAS
SILVIA GÓMEZ TRINIDAD
(Coords.)

COMPETENCIA Y ACCIONES DE INDEMNIZACIÓN

**Actas del Congreso Internacional sobre daños
derivados de ilícitos concurrenciales**

Prólogo de
Antoni Font i Ribas

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRÓLOGO	7
PARTE I	
CONFERENCIAS Y PONENCIAS DE LAS MESAS REDONDAS	
INAUGURACIÓN DEL CONGRESO , por <i>Arseni Gibert i Bosch</i>	11
DEVELOPMENTS IN EUROPEAN AND UK CARTEL DAMAGES LITIGATION , por <i>Christopher Cook</i>	17
I. INTRODUCTION: MILESTONES IN THE DEVELOPMENT OF EU ANTITRUST DAMAGES LITIGATION	17
II. RECENT HEADLINES	19
1. Rules on Jurisdiction	21
2. Recent Case Law in the High Court	22
3. Settlements in UK Litigation	24
III. CONCLUSION: POSSIBLE FUTURE DEVELOPMENTS	26
REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPECIAL DE LAS REGLAS COMUNITARIAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN LOS LITIGIOS DE RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN COMPETENCIAL , por <i>Cristina Pellisé</i>	29
I. LAS POLÍTICAS DE COMPETENCIA Y DE COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL EN EL SISTEMA COMPETENCIAL COMUNITARIO	31
1. La función nuclear de la política de competencia en la construcción del mercado interior y su prevalencia sobre la política de cooperación judicial en materia civil	32

	Pág.
2. Las características singulares de los preceptos de Derecho primario reguladores de la política de competencia	33
II. LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL DE LAS REGLAS COMUNITARIAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	34
1. La conexión europea como requisito para la aplicación de las reglas comunitarias de competencia judicial internacional	35
2. La ampliación selectiva del ámbito de aplicación espacial en el RBIbis	36
3. La nueva propuesta de ampliación del ámbito espacial en materia de patentes.....	38
III. LA NECESIDAD DE AMPLIAR EL ÁMBITO DE APLICACIÓN ESPACIAL DE LAS NORMAS COMUNITARIAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL EN SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD POR ILÍCITO COMPETENCIAL	39
1. La internacionalidad y diversidad de los litigios relativos a la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia	40
2. Las distorsiones producidas por la no aplicación de las reglas comunitarias de competencia judicial internacional a todos los litigios relativos a la reparación de daños por ilícitos competenciales en el mercado interior	42
3. Las razones para abogar por la ampliación del ámbito espacial de aplicación de las reglas uniformes de competencia judicial internacional en materia de reparación de daños por ilícitos competenciales	45
CUESTIONES DE INTERÉS SOBRE LA PRÁCTICA INTERNACIONAL DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA, por <i>Cani Fernández</i>.....	49
I. LA NATURALEZA CONTRACTUAL O EXTRACONTRACTUAL DE LAS RECLAMACIONES DE DAÑOS DERIVADOS DE ILÍCITOS CONCURRENTIALES	49
II. EL EJERCICIO DE ACCIONES COLECTIVAS Y ACCIONES INDIVIDUALES DE RECLAMACIÓN DE DAÑOS	51
III. EL PROBLEMA PLANTEADO POR LA RECIENTE STJUE EN EL ASUNTO C-133/11 <i>FOLIEN FISCHER AG Y OTRO C. RITRAMA SPA</i>	54
LA APLICACIÓN PÚBLICA Y LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: CLEMENCIA (I), por <i>Eduardo Galán Corona</i>.....	57
I. INTRODUCCIÓN	57
II. REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE «CLEMENCIA»	58
III. CUESTIONES LIGADAS.....	59

	Pág.
LA APLICACIÓN PÚBLICA Y LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: CLEMENCIA (II), por Rais Amils	65
I. REFLEXIONES SOBRE LA PRUEBA EN LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA.....	66
II. LA CONFIDENCIALIDAD DE LA PIEZA DE CLEMENCIA FRENTE A LAS VÍCTIMAS DE UN CÁRTEL	68
ES MUY LARGO EL CAMINO... PARA MIRAR ATRÁS, por Stefan Rattig	73
I. LA RARA AVIS	74
II. EL BERENJENAL.....	75
III. EL ESPÍRITU DE LA COLMENA	77
IV. CONCLUSIÓN	78
EL AGOTAMIENTO DE UN MODELO: NOTAS SOBRE LA COMPLEJA CONVIVENCIA DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA CON LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE DETERMINACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS, por José M.ª Fernández Seijo	79
LA RESPONSABILIDAD CIVIL POR INFRACCIÓN DE LAS NORMAS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA, por Helmut Brokelmann	101
I. INTRODUCCIÓN	101
II. NATURALEZA DE LA RESPONSABILIDAD	104
1. Responsabilidad extracontractual: art. 1.902 del Código Civil	104
1.1. Legitimación activa.....	104
1.2. El plazo de prescripción.....	105
2. Acciones contractuales.....	106
III. LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL <i>FOLLOW ON Y STAND ALONE</i>	108
IV. PRUEBA DE LA INFRACCIÓN	110
1. Acceso a las pruebas: divulgación <i>inter partes</i>	110
1.1. El programa de clemencia y el acceso a las pruebas	112
2. Prueba de la culpa	114
V. EL NEXO DE CAUSALIDAD.....	115
1. Repercusión de costes excesivos (<i>Passing-on</i>).....	116
1.1. El modelo estadounidense.....	116
1.2. Derecho comparado y regulación en el ordenamiento español	116
1.3. La Propuesta de Directiva	118

	Pág.
VI. LA CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO	118
1. Plena indemnización	118
2. Cuantificación del daño.....	119
LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA , por <i>Ricardo Alonso Soto</i>	123
I. INTRODUCCIÓN	123
II. LA IMPLEMENTACIÓN DE LA APLICACIÓN PRIVADA EN LA UNIÓN EUROPEA	124
III. LA APLICACIÓN JUDICIAL EN ESPAÑA	125
IV. CUESTIONES QUE PLANTEA LA APLICACIÓN JUDICIAL	127
1. Cuestiones de orden sustantivo	127
2. Cuestiones de orden procesal	129
3. Cuestiones de Derecho internacional privado.....	132
V. CONCLUSIONES	132
CLAUSURA DEL CONGRESO , por <i>Nathalie Maierhofer</i>	135
I. PFLEIDERER CASE.....	135
II. AUSTRIAN DAMAGE CLAIM SYSTEM	136
III. PRINTING CHEMICAL CASE IN AUSTRIA.....	136
IV. CONCLUSION	139

PARTE II

COMUNICACIONES

CONFIDENCIALIDAD DE LOS DOCUMENTOS DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA , por <i>Fernando Cachafeiro</i>	143
I. LA POLÍTICA DE CLEMENCIA.....	144
II. EL ACESO A LOS DOCUMENTOS DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA.....	144
1. ¿Por qué las empresas no desean que la documentación de clemencia se divulgue a terceros?	145
2. ¿Respecto de qué documentos se desea restringir el acceso?.....	145
3. ¿Qué problemas plantea la confidencialidad?	146
III. LA SENTENCIA <i>PFLEIDERER</i> DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA ...	146
1. Antecedentes del caso.....	146
2. Pronunciamiento del Tribunal de Justicia.....	147
IV. REPERCUSIONES EN LOS ESTADOS MIEMBROS.....	148
1. Alemania prohíbe el acceso a las solicitudes de clemencia: los casos <i>Pfleinderer</i> y <i>Coffe Roasters</i>	148
2. Reino Unido permite el acceso parcial a la documentación del programa de clemencia: el caso <i>National Grid</i>	149

	Pág.
3. Austria plantea una nueva cuestión prejudicial: el caso <i>Donnau Chemie</i>	150
V. EL ACCESO A LOS DOCUMENTOS DE CLEMENCIA CON APOYO EN LAS NORMAS EUROPEAS DE TRANSPARENCIA	151
VI. LA RESPUESTA DE LA COMISIÓN EUROPEA.....	152
VII. VALORACIÓN FINAL	153
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	154
DE LA INTERACCIÓN ENTRE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y LAS ACCIONES POR DAÑOS A LAS ACCIONES COLECTIVAS , por <i>Alicia Arroyo Aparicio</i>	157
I. INTRODUCCIÓN	158
II. INTERACCIÓN ENTRE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y LAS ACCIONES POR DAÑOS.....	159
1. Interacción y medidas para mantener una coexistencia eficaz.....	159
2. El reconocimiento jurisprudencial a ser resarcido por los daños causados por la infracción de las normas <i>antitrust</i>	161
3. El Asunto <i>Pfleiderer</i> y la entrega de la documentación vinculada a los programas de clemencia	163
3.1. El Asunto <i>Pfleiderer</i>	163
3.2. Reacción de la ECN (<i>European Competition Network</i>) respecto de los riesgos derivados de la decisión adoptada en el Asunto <i>Pfleiderer</i>	165
III. ACCIONES POR DAÑOS; ACCIONES COLECTIVAS	166
1. Iniciativas de la Comisión	166
2. Iniciativas del Parlamento Europeo	168
IV. ALGUNAS CONCLUSIONES	170
BIBLIOGRAFÍA.....	171
PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y RECLAMACIÓN DE DAÑOS ¿DAÑOS COLATERALES? , por <i>M.^a Concepción Pablo-Romero Gil-Delgado</i>	173
I. PLANTEAMIENTO	174
II. EL PROGRAMA DE CLEMENCIA DESDE EL DERECHO PÚBLICO ..	176
1. Los casos resueltos por la Comisión Nacional de la Competencia..	176
2. Los criterios en la valoración de las pruebas y su aplicación	179
III. EL PROGRAMA DE CLEMENCIA DESDE EL DERECHO PRIVADO	181
1. Sobre la confidencialidad de los documentos	181
1.1. En el Derecho europeo	181
1.2. En el Derecho español	183
2. Sobre las acciones de reclamación de daños.....	186

	Pág.
2.1. La obtención de las pruebas	187
2.2. La legitimación para reclamar y las acciones colectivas	189
IV. A MODO DE CONCLUSIÓN	192
BIBLIOGRAFÍA.....	192
 PROGRAMA DE CLEMENCIA V. ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR INFRACCIÓN DE LAS NOR- MAS DE COMPETENCIA , por <i>Judith Morales Barceló</i>	
I. INTRODUCCIÓN	195
II. EL PROGRAMA DE CLEMENCIA.....	196
1. Objetivos y presupuestos	196
2. Conductas afectadas.....	197
3. Mecanismos del programa español de clemencia	197
III. INTERACCIÓN DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA Y LA AC- CIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS.....	199
IV. CONCLUSIÓN	202
BIBLIOGRAFÍA.....	203
 LA PROBLEMÁTICA RELACIÓN ENTRE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y LAS ACCIONES PRIVADAS DE RESARCIMIEN- TO DE LOS DAÑOS DERIVADOS DE ILÍCITOS <i>ANTITRUST</i> , por <i>Patricia Pérez Fernández</i>	
I. INTRODUCCIÓN	205
II. ORIGEN E IMPORTANCIA DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA.....	207
III. MECANISMOS PARA COORDINAR LOS FINES DE LOS PRO- GRAMAS DE CLEMENCIA Y LAS ACCIONES DE RESARCI- MIENTO DE DAÑOS	214
1. El acceso a los documentos relacionados con las solicitudes de cle- mencia	214
2. La reducción de la cuantía de la indemnización de daños como mecanismo de coordinación entre las políticas de clemencia y la aplicación privada	220
IV. PROPUESTAS DE COORDINACIÓN DE LAS POLÍTICAS DE CLEMENCIA Y LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	222
BIBLIOGRAFÍA.....	223
 EL RECURSO COLECTIVO EN LAS ACCIONES DE DAÑOS DERI- VADOS DE ILÍCITOS CONCURRENTIALES: CONSIDERACIO- NES DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL , por <i>Ele- na Rodríguez Pineau</i>	
I. INTRODUCCIÓN	225
II. LAS REGLAS DE CJI Y SU APLICACIÓN A LAS ACCIONES DE DAÑOS DERIVADAS DE ILÍCITO CONCURRENTIAL.....	229
1. El foro general y el foro especial en materia de daños	229

	Pág.
2. Las dificultades del foro especial	230
3. Mecanismos para eludir la pluralidad de litigios	231
III. LAS ACCIONES COLECTIVAS DE DAÑOS EN EL RBI	232
1. Foro general	232
2. Foro en materia de daños y la acción de los consumidores	233
3. Mecanismos de reducción de pluralidad de litigios	235
IV. LAS PROPUESTAS ALTERNATIVAS A LAS REGLAS EXISTENTES EN MATERIA DE ACCIONES COLECTIVAS	236
1. La flexibilización de las reglas existentes	236
2. La necesidad de arbitrar reglas específicas para estas acciones.....	238
V. CONCLUSIONES	240
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	241
LA COOPERACIÓN ENTRE JUECES Y AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS EN LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA, por <i>Javier Guillén Caramés</i>	243
I. INTRODUCCIÓN.....	244
II. EL PRECEDENTE DE LA APLICACIÓN JUDICIAL PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: EL REGLAMENTO CE 1/2003.	246
III. FINALIDAD DE LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA APLICACIÓN JUDICIAL PRIVADA: LA NECESIDAD DE GARANTIZAR COHERENCIA Y SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.....	250
IV. LA INTERVENCIÓN DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS DE COMPETENCIA EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES PRIVADOS: LA FIGURA DEL <i>AMICUS CURIAE</i>	252
V. ÁMBITO SUBJETIVO DE LA COOPERACIÓN.....	254
1. Cooperación en procedimientos de aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE.....	255
2. Cooperación en procedimientos de aplicación de los arts. 1 y 2 LDC	256
VI. ÁMBITO OBJETIVO DE LA COOPERACIÓN	258
1. La aportación de información	259
2. La aportación de observaciones orales o escritas	260
VII. CONCLUSIONES.....	261
BIBLIOGRAFÍA.....	262
DISTRIBUCIÓN COMERCIAL Y COMPETENCIA: CONCURRENCIA DE AMBAS FIGURAS. PROBLEMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL OBJETIVA Y ACUMULACIÓN DE ACCIONES, por <i>Rodolfo Fernández Fernández</i>	263
I. INTRODUCCIÓN	264
II. ANÁLISIS DE ALGUNAS CONDUCTAS FRECUENTES EN EL EJERCICIO DE LAS ACCIONES	265

	Pág.
III. COMPETENCIA OBJETIVA Y ACUMULACIÓN DE ACCIONES: PARTICULARIDADES EN EL CASO DE LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN CONCURRIENDO CON SITUACIONES DE COMPETENCIA DESLEAL.....	269
IV. LA PROBLEMÁTICA EN EL ÁMBITO DE LAS ACCIONES FUNDADAS EN CONDUCTAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA.....	276
V. ESBOZO DE PROPUESTAS DE SOLUCIÓN.....	278
BIBLIOGRAFÍA.....	280
NUEVOS AIRES EN EL DERECHO MEXICANO DE LA COMPETENCIA: LAS ACCIONES COLECTIVAS EN COMPETENCIA ECONÓMICA , por <i>Xavier Ginebra Serrabou y Víctor Manuel Castri-llón y Luna</i>	281
I. PRESENTACIÓN.....	282
II. INTRODUCCIÓN.....	283
III. BREVE EXAMEN DEL MARCO JURÍDICO ANTERIOR SOBRE ACCIONES COLECTIVAS.....	287
IV. MARCO ACTUAL DE LAS ACCIONES COLECTIVAS.....	290
V. LAS ACCIONES COLECTIVAS EN COMPETENCIA ECONÓMICA.	295
1. Justificación económica.....	295
2. Régimen previo a la reforma de acciones colectivas.....	299
VI. LAS ACCIONES COLECTIVAS EN COMPETENCIA EN EL NUEVO MARCO LEGAL.....	304
VII. CONCLUSIONES.....	305
BIBLIOGRAFÍA.....	306
LA ACCIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS EN LAS PRÁCTICAS CONCERTADAS EN EL SECTOR DEL SEGURO DECENAL , por <i>M. Teresa Franquet Sagrañes</i>	307
I. INTRODUCCIÓN.....	307
II. LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS EN EL SECTOR DEL SEGURO. ESPECIAL REFERENCIA AL CÁRTEL.....	309
III. EL SEGURO DECENAL Y EL CÁRTEL DE LAS COMPAÑÍAS DE SEGURO DECENAL.....	314
IV. LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS Y SU EJERCICIO POR PARTE DE LOS AFECTADOS EN EL ÁMBITO DEL SEGURO DECENAL.....	315
V. CONCLUSIONES.....	318
BIBLIOGRAFÍA.....	319
ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES Y LEGISLATIVOS DEL LIBRO BLANCO SOBRE INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS. DUE DILIGENCE JURÍDICA DE ALGUNOS EXTREMOS DE LA PROPUESTA , por <i>Silvia Gómez Trinidad</i>	321

	Pág.
I. INTRODUCCIÓN	322
II. EXÉGESIS DEL ORIGEN DE LA PROPUESTA	322
1. Antecedentes jurisprudenciales del Libro Blanco	323
2. Antecedentes legislativos del Libro Blanco	325
III. <i>DUE DILIGENCE</i> JURÍDICA DE ALGUNAS CUESTIONES CONTENIDAS EN EL LIBRO BLANCO	327
1. Decisión de la Comisión Europea sobre el cártel del cargo aéreo ...	327
1.1. <i>Follow on actions</i>	328
1.2. Legitimación: acción individual y recurso colectivo	329
2. Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre el cártel del azúcar	330
2.1. La denominada defensa <i>passing-on</i> del miembro del cártel ..	330
2.1.1. SAP Audiencia Provincial de Valladolid 261/2009 ..	333
2.1.2. SAP Audiencia Provincial de Madrid 370/2011	336
2.2. Daños: plena compensación	338
IV. CONCLUSIONES	339
BIBLIOGRAFÍA.....	339
EL NUEVO SISTEMA BRASILEÑO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA (De acuerdo con la Ley 12529, de 30 de noviembre de 2011), por Víctor Villamil Ferreira	341
I. PRELIMINARES	342
1. Evolución económica y de la competencia	342
2. Evolución de la legislación de la competencia	344
3. Estado actual	344
II. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN BRASIL.....	345
1. Competencia desleal	345
2. Abuso de posición dominante	345
III. EL SISTEMA BRASILEÑO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	346
1. Secretaría de Acompañamiento Económico (SEAE).....	347
2. Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE)	348
IV. ACTUACIÓN DEL SBDC	350
1. Aplicación de sanciones	350
2. Control preventivo	353
3. Actividad educativa.....	355
V. VALORACIÓN DEL SISTEMA	355
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	356

PRÓLOGO

La creciente necesidad de incorporar mecanismos cada vez más eficaces para obtener los resultados pretendidos por la política de la competencia ha llevado a las autoridades comunitarias a repensar los instrumentos jurídicos utilizados hasta la fecha y a impulsar el movimiento conocido con el nombre de «aplicación privada» del Derecho de la competencia que, junto a la «aplicación pública» llevada hasta la fecha, está llamada a jugar un papel relevante en la defensa de la libre competencia en el marco del mercado único europeo. Se piensa que en esta nueva dimensión el ejercicio de acciones de indemnización por parte de empresas y consumidores afectados por conductas anticompetitivas prohibidas por la Ley puede contribuir decisivamente a prevenir su realización si los infractores ven amenazada su posición por la necesidad de pagar el importe de cuantiosas indemnizaciones. Sin embargo, el camino a recorrer es todavía muy largo. La diversidad que impera en los regímenes legales que regulan la responsabilidad civil en el espacio europeo hace difícil llegar a un acuerdo sobre el sentido y contenido de esas indemnizaciones y sobre cuál debería ser el camino a seguir para alcanzar este resultado. Pese a que se han hecho progresos evidentes en algunos temas, como por ejemplo en materia de prueba de la infracción, en la introducción de los programas de clemencia y en la admisión de la llamada defensa pas-sing on quedan todavía muchas cosas por resolver en el proceso de armonización de las legislaciones debido sobre todo a las resistencias de los Estados miembros a ceder soberanía en esta materia. Es de lamentar que no se haya avanzado en el tema de la articulación de una auténtica acción colectiva que pudiera poner en manos de los consumidores y usuarios un potente y eficaz instrumento de actuación frente al poder que ostentan y del que hacen gala las organizaciones empresariales que mediante pactos, acuerdos o acciones unilaterales son capaces de distorsionar el funcionamiento del mercado como mecanismo de asignación de recursos en perjuicio de los ciudadanos, reducidos a la simple categoría de «demanda atomizada».

El Congreso internacional sobre daños derivados de ilícitos concurrenciales, celebrado en Barcelona los días 21 y 22 de noviembre de 2012, tuvo por finalidad reunir a expertos del ámbito europeo para debatir el futuro de las acciones de indemnización por infracción de normas de la competencia, así como el proceso de cambios iniciado en la legislación y la jurisprudencia, no sólo en el plano del Derecho comparado de los países miembros, sino también en las propuestas de la Unión Europea. El evento se organizó como una mirada a la llamada «aplicación privada» del Derecho de la competencia desde la triple perspectiva del mundo académico, de las autoridades encargadas por la aplicación pública y de los órganos jurisdiccionales garantes del ejercicio de los derechos individuales y de las libertades públicas. Las aportaciones que realizaron los distintos expertos y autoridades que participaron en forma de ponencias y comunicaciones se reúnen ahora ordenadamente en el libro que tengo el honor de prologar en forma de «Actas del Congreso». El lector tendrá así la ocasión de adquirir una visión lo más completa posible de la problemática que preocupa a autoridades y expertos en el difícil y tortuoso camino de la armonización emprendida para disponer de instrumentos eficaces para la aplicación de una normativa compartida para la resolución de conflictos idénticos y problemas comunes dentro del espacio europeo. Sólo me queda recomendar al lector que ha tenido la osadía de iniciar la lectura de esta obra que no ceje en el empeño, que continúe su tarea hasta el final con la esperanza y mi más firme deseo de que ello contribuya a formarse una idea cabal de la dimensión y calado de las dificultades y problemas y de sus posibles soluciones.

El Congreso tuvo lugar en el marco de la ejecución del proyecto DER2008-05621 del Ministerio de Ciencia e Innovación.

Antoni FONT
Barcelona, noviembre de 2013

INAUGURACIÓN DEL CONGRESO

Arseni GIBERT I BOSCH
Presidente de la Autoritat
Catalana de la Competència

Autoridades académicas, señoras y señores

Ante todo, debo y quiero agradecer sinceramente que la organización de este Congreso Internacional sobre Daños Derivados de Ilícitos Concurrenciales haya pensado en *l'Autoritat Catalana de la Competència* que modestamente represento para participar en su inauguración.

Me parece una iniciativa muy acertada en cuanto a la elección del tema. Tal como indica la convocatoria del congreso, el ejercicio privado de las acciones de indemnización por daños sufridos como consecuencia de infracciones de competencia es una cuestión de actualidad a partir de las iniciativas de las autoridades europeas de competencia a partir de 2005 y ha dado pie a un intenso y ramificado debate.

Además, me parece una iniciativa de éxito ya asegurado. Lo certifica la congregación de tantos y tan notables juristas especializados participantes, lo que garantiza no solo el interés científico de las intervenciones en las cuatro mesas sino resultados tangibles en forma de enriquecimiento de todos los congresistas en las materias tratadas.

Tan solo lamento dos cosas: la primera, que algunas obligaciones me impedirán poder quedarme al conjunto de las sesiones del congreso, aunque creo que la responsable de investigación e instrucción de nuestra institución, sí podrá estar presente por lo menos en buena parte de ellas.

La segunda, no estar en condiciones de poder hacer alguna aportación significativa en esta intervención. En primer lugar porque no soy jurista.

Y en segundo lugar porque lo cierto es que, por no saber, las autoridades autonómicas de competencia, salvo que hiciéramos un seguimiento expreso de todos los casos, ni siquiera, sabemos el nivel de uso que las partes perjudicadas por ilícitos de competencia hacen de la posibilidad de reclamar por daños. Intuimos que es un uso bastante poco frecuente.

Lo intuimos en parte porque, en casi cuatro años de existencia, nuestra institución no ha recibido más que una petición de información como *amicus curiae* (muy recientemente, por cierto) y ni siquiera esta petición se refiere a un caso tramitado y resuelto por *l'Autoritat Catalana de la Competència* sino a un caso de ámbito estatal y con petición de información — también — a la Comisión Nacional de la Competencia.

Por eso, quiero manifestar tan solo una opinión muy simple que en principio me parece bastante clara, aunque he oído y leído opiniones jurídicas contradictorias al respecto. Admito que tal vez esta opinión no sea generalizable a todos los supuestos. Me refiero a la convicción sobre que el uso de esta opción es deseable, que deberían ser más frecuentes las acciones de reclamación de daños i perjuicios por ilícitos de competencia declarados en firme como tales porque, a mi juicio, tienden a reforzar los efectos disuasorios de las políticas de competencia, un efecto que me parece positivo.

Además, tenía preparadas unas notas con un contenido probablemente demasiado convencional, pero un golpe de suerte en forma de una todavía caliente sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (concretamente del 6 de este mismo mes, hace tan solo 16 días), tiene relación directa con el temario del congreso que estamos iniciando y, además, a mi juicio aporta material jurisprudencial, de un cierto interés. Supongo que muchos de los presentes conocen esta sentencia y si algún participante pensaba citarla, siento anticiparme y pisarle el terreno. Ventajas del privilegio de ser el primero en intervenir. En cualquier caso, creo que sobre esta sentencia hay mucho más que decir de lo que yo modesta y superficialmente voy a anticipar.

En febrero de 2007 la Comisión Europea impuso, por acuerdos ilícitos básicamente relativos a precios, sanciones por un total de mas de 992 millones de euros a cuatro grupos de empresas (Otis, Kone, Schindler y ThyssenKrupp) dedicadas a la fabricación, venta, instalación, mantenimiento y modernización de ascensores y escaleras mecánicas en varios países de la UE.

Sus recursos ante el Tribunal General de la UE fueron desestimados salvo en el caso de ThyssenKrupp, cuya alegación fue parcialmente estimada y las multas reducidas. Algunas empresas de los cuatro grupos recurrieron en casación ante el Tribunal de Justicia. Hasta aquí un caso más, nada de particular.

Pero en junio de 2008, la Comisión interpuso una demanda ante el Tribunal de Comercio de Bruselas, reclamando a los grupos sancionados más de 7 millones de euros por los daños sufridos por la Unión Europea en Bélgica y en Luxemburgo, puesto que habían sido adjudicados a empresas de

dichos grupos diversos contratos públicos relativos a la instalación, mantenimiento y renovación de elevadores en edificios de las instituciones europeas, a un precio superior al del mercado por aplicación de los acuerdos del cártel declarado ilícito.

Ante esta situación, el Tribunal de Comercio de Bruselas decidió plantear varias cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. La primera pregunta formulada era si la Comisión está facultada para representar a la Unión Europea ante un órgano jurisdiccional nacional en un supuesto de este tipo.

Veamos la respuesta del Tribunal de Justicia, en términos extraídos de un documento de divulgación informativa, incluidos los razonamientos considerados.

Primera: El Tribunal de Justicia considera que la Comisión está facultada para representar a la Comunidad Europea ante el órgano jurisdiccional nacional sin necesidad de disponer de un mandato específico (la argumentación menciona que ello es debido a que el procedimiento fue incoado antes de la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la UE, y les confieso que no acabo de comprender este punto sobre el que, teniendo en cuenta mi óptica sobre el caso, no me ha parecido necesario profundizar). Lo que me parece más relevante es que el Tribunal de Justicia recuerda que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre ese daño y un acuerdo o práctica prohibidos y que, por lo tanto, también a la Unión Europea le asiste ese derecho.

Segunda: El Tribunal de Justicia señala también que la Comisión no es juez y parte en su propia causa dado que, si bien es cierto que los órganos jurisdiccionales nacionales se hallan vinculados por las constataciones de la Comisión acerca de la existencia de un comportamiento contrario a la competencia, es también cierto que solo dichos órganos jurisdiccionales son competentes para apreciar la existencia del daño y de la relación de causalidad directa entre el comportamiento y el daño.

Tercera: El Tribunal de Justicia recuerda que el principio de igualdad de armas tiene como finalidad garantizar que todo documento aportado al órgano jurisdiccional pueda ser contrastado y contestado por las partes y que, en este sentido, el Tribunal de Justicia observa que la información recabada por la comisión durante el desarrollo del procedimiento de infracción (sobre la que las empresas demandadas alegan no haber tenido conocimiento) no ha sido facilitada al órgano jurisdiccional por la comisión, y recuerda que el Derecho de la Unión prohíbe en todo caso a la comisión usar información recabada en el marco de una investigación en materia de competencia para fines ajenos a dicha investigación.

Estos razonamientos conducen a la declaración de la sentencia en dos puntos que les leo:

1) El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que, en las circunstancias del procedimiento principal, no se opone a que la Comi-

sión Europea represente a la Unión Europea ante un órgano jurisdiccional nacional que conozca de una acción civil de indemnización del daño irrogado a la Unión por un acuerdo o una práctica prohibidos por los arts. 81 CE y 101 TFUE que puedan haber afectado a determinados contratos públicos adjudicados por diversas instituciones y órganos de la Unión, sin necesidad de que la Comisión disponga de un mandato a tal efecto de estos.

2) El art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no se opone a que, en nombre de la Unión Europea, la Comisión Europea ejercite ante un órgano jurisdiccional nacional una acción de indemnización del daño irrogado a la Unión como consecuencia de un acuerdo o una práctica que hayan sido declarados contrarios al art. 81 CE o al art. 101 TFUE por una decisión de dicha institución.

Arriesgando (tal vez más de la cuenta) en la traslación de esta doctrina a otros supuestos, me pregunto y sugiero que se pregunten si nuestras administraciones debieran haberse planteado, o deben plantearse en el futuro, la reclamación por daños cuando creen haberlos sufrido por conductas anticompetitivas, muy especialmente en supuestos de acuerdos colusorios adoptados única y exclusivamente para ser aplicados a la administración. Un caso podría ser el de la resolución de la CNC S/0226/2010 - licitación por carretera: Un cártel de 53 empresas con infracción acreditada en 14 licitaciones (13 de ellas del Ministerio de Fomento), sanciones por 47 millones de euros, y prueba directa de perjuicio de 14 millones con estimación global de más de 20 millones de euros.

Voy acabando, aunque me permitiré antes mencionar un tema que no se si va a ser tratado en este congreso, pero que me parece plausible sugerir para futuros foros sobre acciones de reclamación de daños por ilícitos de competencia.

Me refiero al resarcimiento de daños colectivos por parte de consumidores y usuarios de servicios públicos y privados perjudicados por infracciones de competencia. Me limitaré, en 7 enunciados breves, a describir las premisas tal como yo las percibo.

1. La UE equiparó en 2008 a consumidores y usuarios perjudicados por infracciones de competencia a las empresas en igual situación. No me parece una mala idea, tanto para ser ejercida *ex-ante*, directamente a la jurisdicción, como *ex-post*, después de una resolución firme de una autoridad de competencia.

2. Sin embargo, hay dos obstáculos que limitan estas acciones: (i) la identificación individual inequívoca de los perjudicados solo es posible en algunos casos, y (ii) el importe resarcible individualmente suele ser un incentivo insuficiente.

3. Otra cuestión son los supuestos de indemnización colectiva en sus dos variantes principales: (i) casos de grupos de consumidores y usuarios perjudicados e identificables, y (ii) reclamaciones por parte de organizaciones de consumidores y usuarios. Esta segunda posibilidad es frecuente en

países en los que estas organizaciones se autofinancian mediante cuotas de asociados e indemnizaciones obtenidas de empresas y administraciones. En nuestro modelo de políticas de consumo, una parte importante de su financiación son las subvenciones públicas.

4. Todos los modelos tienen sus ventajas y sus inconvenientes. Una ventaja del modelo no subvencionado es el incentivo para ser eficiente en litigar y obtener indemnizaciones. Posibles contraindicaciones pueden ser favorecer un mal uso de la «*quota litis*» o desincentivar acogerse a los programas de clemencia que no protegen a los denunciantes de las reclamaciones de daños.

5. Un inconveniente de nuestro modelo es que no abundan las reclamaciones de consumo (ni las administrativas ni las judiciales) si el proveedor de bienes y servicios es público o parapúblico, incluso a veces la administración es juez y parte en las reclamaciones.

6. Estos temas son una de las razones por las que la ACCO ha firmado un convenio con el *Síndic de Greuges* en materia de defensa de consumidores y usuarios. Esperamos con ello detectar reclamaciones muy recurrentes, «supercomplaints», en las que suele ser probable que comporten algún problema de competencia.

7. Las preguntas que dejo encima de la mesa por si las quieren recoger son:

¿Deberían facilitarse las acciones colectivas de consumidores y usuarios de reclamación por daños?

¿En caso de respuesta positiva, qué reformas deberían instrumentarse?

Ya ven, les sugiero un poco más de trabajo. Deseo (y estoy seguro que así será) que la utilidad del congreso sea como mínimo la que organizadores y congresistas esperan y... por si fuera necesario... (que no lo creo).

Declaro inaugurado este congreso.

Barcelona, noviembre de 2012.

DEVELOPMENTS IN EUROPEAN AND UK CARTEL DAMAGES LITIGATION

Christopher COOK

Attorney, Cleary Gottlieb Steen & Hamilton LLP
Brussels

This paper is a summary of a presentation given at the International Conference on Damages for Breach of Antitrust Rules, Barcelona, November 22, 2012. It begins by reviewing some milestones in the development of private antitrust damages actions in Europe, then highlights some pertinent recent headlines from several jurisdictions. The bulk of the paper then focuses on the development of private antitrust actions in the United Kingdom - probably the most active EU jurisdiction for cartel damages litigation. The paper explains some UK cases that will be important in shaping the litigation landscape for EU plaintiffs and defendants going forward, and conveys some experience from certain recent matters that illustrate the kinds of issues that legal practitioners are dealing with in this area today.

I. INTRODUCTION: MILESTONES IN THE DEVELOPMENT OF EU ANTITRUST DAMAGES LITIGATION

It is well known that the story of private damages actions in Europe begins in earnest with the European Court of Justice's 2001 judgment in *Crehan*¹, in which the Court reasoned that Articles 101/102 would not be effective in the absence of a real private right to claim damages for loss due to anticompetitive conduct. The Court therefore held that any individual has the right to claim damages for loss caused by an EU competition law violation.

¹ Case C-453/99, *Courage v. Crehan* and *Crehan v. Courage*, [2001] ECR I-6297.

But the Court in *Crehan* was not actually awarding damages, it was announcing that the *right* to recover damages exists under EU law. The European courts in Luxembourg are not empowered to hear private actions to recover damages for EU competition law violations. Those claims must be brought in national courts, subject to national rules of civil procedure, evidence, *etc.* Member State courts are required to apply EU competition law and to interpret their own laws so as not to be inconsistent with EU law, but their rules in doing so vary widely. The result is a patchwork of approaches and highly uneven development of private antitrust damages litigation across Europe. As discussed below, while antitrust damages cases are being litigated actively in several Member States, the most prominent one at present is probably the United Kingdom.

Since the *Crehan* judgment, the European Commission has made efforts to advance the adoption of an effective legal framework for antitrust damages actions that would ensure what the Commission calls «minimum protection» of victims' right to damages under Article 101 and 102 in every Member State. These efforts started in late 2005 with the Commission's Green Paper², which raised for discussion various policy options that would facilitate private damages actions for breach of EU competition rules, and were followed up in April 2008 with a White Paper setting forth more concrete proposals for action³. The White Paper introduced proposals for Member State action on a range of issues central to the development of private antitrust enforcement in the EU, including standing to bring claims, collective actions, disclosure/discovery rules, and the quantification of damages, setting the stage for the development of private enforcement in the EU over the last few years.

In the four and a half years since the White Paper was issued, however, the Commission's efforts to advance the development of private antitrust damages actions have come in stops and starts, with not a great deal of concrete progress. This probably reflects several factors. One of the most important is that damages claimants in cartel follow-on actions have been pressing hard for disclosure of documents in Commission case files. This raises clear tensions with the Commission's leniency program, and so far, when forced to choose, the Commission has come down quite consistently on the side of protecting the crown jewel of its cartel enforcement program by not allowing disclosure fears to reduce companies' incentives to apply for immunity or leniency, even if this prevents private plaintiffs from getting easy access to evidence. The Commission has therefore been facing somewhat conflicting policy objectives, which has no doubt taken away some momentum.

² European Commission, *Green Paper of December 19, 2005, on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2005) 672 final, SEC (2005) 1732, at http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/actions_for_damages/gp.html.

³ European Commission, *White Paper of April 2, 2008 on damages actions for breach of the EC antitrust rules*, COM(2008) 165 final, SEC (2008) 404, at http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_en.pdf.