

**An European System for follow-on litigation: Commentary on C-30/20, 1st CJEU, 15th July 2021. Eduardo Pastor Martínez, Commercial Judge nº 3 Valencia (Spain)**

**Keywords (tags).** *Damages Directive, follow on claims, jurisdiction, Brussels II Regulation, CJEU case law.*

**Abstract (English)**

On 15th July 2021, the Court of Justice (CJEU) published a new ruling answering a question referred for a question hold by the Commercial Court No. 2 of Madrid, to determine which courts have jurisdiction to rule on actions for damages following the infringement of a cartel affecting the entire European market (AT. 39824-Trucks). The ruling is in line with the Court's previous case law on the design of a European follow-on litigation system. I would like to reflect briefly on the meaning of this ruling, review the milestones of the Court's doctrine on the matter, consider the particularities of its latest decision and, finally, offer a last commentary on the state of the matter in Spain.

This analysis must begin with a defence of the content of the Damages Directive. This rule has been heavily criticised, as its omissions are the result of conflicting interests that are difficult to harmonise. In particular, the Directive is not only the result of the enforcement of the right to obtain compensation by the injured party of an infringement of Competition Law, but also of the higher importance given to the public enforcement of this Law. However, the Damages Directive did not have to provide rules on the cross-border nature of follow-on litigation, because the European system already provided a self-sufficient regime in this respect. This is the Brussels and Rome system.

The difficulty of this system begins with learning to differentiate when to apply each of these rules. European case law has recognised the quasi-criminal nature of competition law infringements, so that the Brussels system applies to an action for damages. The Brussels II system is based on a general rule of jurisdiction, which is the domicile of the defendant. By exception, the system admits the possibility for a national of a Member State to be sued in the courts of another Member State. This special rule is the place where the harmful event has occurred or is likely to happen. The difficulty lies in interpreting this notion without distorting the objectives of the Regulation. And European case law has always done so in a consistent manner: by identifying connecting factors between the subject matter of the action in question and the jurisdiction of each of the Member States ideally related to the exercise of the claim.

The CJEU accepted all these premises on the occasion of the CJEU of 21 May 2015, Case C-352/13, Hydrogen Peroxide, and concluded by stating that, in the case of a cartel that generates overcharging, there is an intuitive place to establish jurisdiction, which is the place of domicile of the defendants, as it is easily identified with the place where the cartel was set up and operates. However, it also admitted that this interpretation is an abstract one and not free of difficulties, so that the jurisdiction of the courts corresponding to the place of the plaintiff's domicile could be accepted if it is at that domicile where the damage could reasonably have arisen. The Court had the opportunity to reiterate this position on the occasion of the CJEU of 5 July 2018, Case C-27/17, Lithuanian Airlines, in order to accept that the reference in the Regulation is all-inclusive of the place where the damage was caused and the place where it materialised. Finally, in the case of the proceedings against the lorry cartel, the Court had a first opportunity to consolidate its doctrine with the CJEU, Sixth Chamber, of 29 July 2019, case C-29 July 2019, Tibor Trans.

The Judgment of 15 July is the latest development in European case law in the interpretation of Art. 7.2 R Brussels II. Its novelty consists of emphasising that, although the Member States enjoy organisational autonomy to delimit the extent of the jurisdiction of a specialised body within their own territory, the Brussels system directly and immediately attributes both international jurisdiction and territorial jurisdiction to the court of the place where the damage was caused.

## **Introducción**

El pasado día 15 de julio el Tribunal de Justicia (TJUE) resolvió la cuestión prejudicial formulada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, para determinar qué órganos jurisdiccionales son competentes para resolver sobre las acciones de indemnización por daño tras la sanción de una práctica colusoria con afectación a todo el mercado comunitario (AT. 39824-Trucks). El pronunciamiento es coherente con la jurisprudencia previa del Tribunal en el diseño de un sistema comunitario de litigación *follow-on*. Quiero reflexionar brevemente sobre el significado de esta afirmación, recorrer los hitos de la doctrina comunitaria en la materia, considerar las particularidades del último pronunciamiento del Tribunal y, por fin, ofrecer un último comentario sobre el estado de la cuestión en España.

### **1.- La insuficiencia de la Directiva de daños.**

La publicación de la Directiva de daños fue el resultado de un largo proceso de consolidación legislativa de la aplicación privada del Derecho de la Competencia que, desde la inclusión en los tratados de la Unión de preceptos de alcance constitucional sobre la ordenación del mercado interior, había cristalizado con la publicación del R(CE) 1/2003. En realidad, ese proceso de desarrollo legislativo había recibido el impulso constante de la jurisprudencia del TJUE, para la armonización y difusión de las acciones de daños.

La Directiva de daños es el resultado de las contradicciones de sus incompatibles objetivos. De manera bien decidida, la Directiva de daños quiso incorporar a la letra de la Ley comunitaria la efectividad del derecho al pleno resarcimiento del perjudicado por una conducta anticompetitiva. Sin embargo, en su formulación se revela el ánimo del legislador comunitario de alcanzar ese objetivo sin menoscabar la errónea preeminencia de la aplicación pública del Derecho de la Competencia y, también, de determinados programas que han resultado útiles para la sanción de conductas de cártel. Ese ánimo se persigue mediante la renuncia al desarrollo de un sistema autónomo de responsabilidad por daño, incurriéndose en omisiones que obstaculizan de facto el ejercicio de las acciones de daños. En particular, eso es lo que sucede cuando, excusándose en la preservación de la autonomía de los Estados Miembros, el legislador comunitario renuncia a una disciplina procesal de mínimos que homogenice las condiciones de ejercicio de las acciones de daños.

Por eso la Directiva ha sido objeto de críticas intensas. Sin embargo, algunas de esas críticas no están en absoluto justificadas: es el caso de la censura de la ausencia de reglas sobre jurisdicción y competencia para el ejercicio de las acciones de daños.

La Directiva de daños regula algunas de las condiciones de ejercicio de las acciones de daños por infracciones de los arts. 101 y 102 TFUE. Esas infracciones, para alcanzar relevancia comunitaria, deberán haber producido una afectación directa o indirecta del mercado interior en su conjunto o, subsidiariamente, en varios países comunitarios al mismo tiempo. Precisamente esas características de la infracción serán las que, primero y para el caso de las acciones *follow-on*, habrán justificado la intervención de la Comisión como autoridad europea

de la competencia, con posposición de la competencia de las autoridades nacionales para investigar y sancionar esa misma conducta. Todo eso significa que la dimensión transfronteriza de la conducta que causa daños es una de sus características económicas elementales. De este modo, la litigación por daños se ve sometida a una tensión inicial: depurar las cuestiones de derecho internacional privado que son inevitables a la dimensión transfronteriza del hecho generador de daño. Y es cierto que la Directiva de daños no ofrece regla alguna para la discriminación de la competencia internacional entre los distintos Estados Miembros, por asimilación a cualquier otra solución de derecho internacional privado, para identificar dónde deben ejercitarse las acciones de daños.

Lo que ocurre es que la Directiva de daños no tenía por qué ofrecer regla alguna al respecto. La razón es muy sencilla. Del mismo modo que la Directiva de daños no tenía por objeto regular un sistema de responsabilidad por daño autosuficiente, tampoco tenía por qué regular por añadidura cuestiones que ya estaban suficiente claras para el Derecho comunitario. Esas reglas previas ya ofrecían acomodo bastante a las acciones por daños derivadas de un ilícito anticompetitivo, según su naturaleza, características y efectos.

## **2.- La competencia en el espacio de justicia comunitario.**

Para la creación de un mercado interior eficiente, la Unión resolvió dotarse de un espacio de justicia y cooperación civil comunes. Lo primero habría sido posible sin lo segundo, pero de una forma más ardua y, a buen seguro, menos plena. Porque sucede que no puede obviarse la dimensión económica de algunos problemas jurídicos y porque la constitución de un mercado común exigía del establecimiento de algunas reglas mínimas que, por ejemplo, determinarán qué jurisdicción debía resultar competente para la solución de litigios transfronterizos: ese es el sistema judicial comunitario, que resulta de la distribución de competencias, coordinación y labores de auxilio recíproco de las jurisdicciones nacionales.

En ese contexto cabe ubicar la publicación de los sistemas Reglamentarios de Bruselas (obligaciones civiles y mercantiles) y Roma (obligaciones extracontractuales), que asumen tres objetivos: la superación de las normas procesales de cada Estado Miembro en la determinación de competencia internacional en un litigio comunitario (por transfronterizo), la autonomía en la aplicación de estas normas no solo en términos de sistema sino también de detección de objetivos y, por fin, la necesidad de aplicación uniforme de las normas comunitarias involucradas en la solución del caso de que se trate.

Como he señalado, la apreciación del carácter transfronterizo de un litigio *follow-on* está facilitada por la particularidad del Derecho de la Competencia. A su vez, venciendo las dificultades de clasificación de un ilícito concurrencial, en la medida en que normalmente partirá de la existencia de un vínculo contractual directo o indirecto entre infractor y lesionado y que, a su vez, presentará también características propias de un ilícito extracontractual, se ha resuelto considerar la responsabilidad *follow-on* como una asimilada a la *delictual o cuasidelictual* (en el actual art. 7.2 R Bruselas II), todo para la salvaguarda de la coherencia del sistema comunitario de distribución de competencias (partiendo de la STJUE, Sala Cuarta, de 21 de enero de 2016, asunto C-359/14 y en concordancia con la doctrina jurisprudencial que referiré más adelante). Todo eso impone la solución de la cuestión desde el sistema Reglamentario de Bruselas, habiendo reiterado el TJUE que es necesario preservar la continuidad interpretativa de los Reglamentos Bruselas I y II (SSTJUE de 16 de julio de 2009, asunto C-189/08, Zuid-Chemie; de 23 de abril de 2009, asunto C-167/08, Draka NK Cables; y de 14 de mayo de 2009, asunto C-180/06, IIsinger).

El sistema de Bruselas II parte de una regla de atribución competencial general, que es la del domicilio del demandado (art. 5.1 Reglamento). Por excepción, el sistema admite la posibilidad de que un nacional de un Estado miembro pueda ser demandado ante los Tribunales de otro Estado miembro, de acuerdo con reglas de competencia especial de las que no puede hacerse una interpretación extensiva (STJUE, de 16 de junio de 2016, asunto C-12/15, *Universal Music*). Para el caso de las acciones *follow on*, esa regla especial es la del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso. La dificultad estriba en interpretar esa noción sin incurrir en la deformación de los objetivos del Reglamento. Y la doctrina comunitaria siempre lo ha hecho de modo consistente: identificando elementos de vinculación entre el objeto del proceso de que se trate y la jurisdicción de cada uno de los Estados miembros idealmente relacionados con el ejercicio de la acción.

Todo el sistema comunitario parte de la identificación de esos vínculos de conexión estrechos, que justifican la atribución de competencia a un órgano jurisdiccional en particular por razones de buena administración de justicia y de adecuada tramitación del proceso (STJUE, de 5 de junio de 2014, asunto C-360/12, *Coty*). Ocurre que la noción "*lugar del hecho dañoso*" puede resultar muy ambigua en el caso de las infracciones de cartel. Ese lugar puede identificarse tanto con el punto donde se desarrolla la conducta que causa el daño como donde se materializa (STJCE, de 30 de noviembre de 1976, asunto C-21/76, *Mines de Potasse*). Lo mismo sucede respecto de aquellas conductas que generen una gran dispersión de lugares en los que se materialice el daño (STJCE, de 7 de marzo de 1995, asunto C-68/93). Pero cabe acentuar que lo que pretende el legislador comunitario es evitar la inseguridad en la determinación de esa noción, por lo que una decisión particular solo puede adoptarse considerando los hechos enjuiciados en cada caso.

El TJUE aceptó todas estas premisas con ocasión de la STJUE de 21 de mayo de 2015, asunto C-352/13, *Hydrogen Peroxide*, para concluir afirmando que, en el supuesto de un cartel generador de sobreprecio, existe un lugar intuitivo donde fijar la competencia judicial, cual es el del domicilio de los demandados, por identificarse fácilmente con el de constitución y funcionamiento del cartel. Sin embargo, también admitió que esa interpretación es una abstracta y no exenta de dificultades, de modo que cabía aceptar la competencia de los tribunales correspondientes al lugar del domicilio del actor si es en ese domicilio donde razonablemente se habrían producido los daños. Además, la sentencia resolvió la inoponibilidad de los pactos de sumisión general a tribunales arbitrales o de fijación de competencia, si no hubieran sido establecidos de forma específica para las infracciones de cartel.

El Tribunal tuvo oportunidad de reiterar esta toma de posición con ocasión de la STJUE de 5 de julio de 2018, asunto C-27/17, *Lithuanian Airlines*, para aceptar que la mención del Reglamento es omnicomprendensiva del lugar de generación del daño y del de materialización de ese daño. A su vez, el Tribunal reconoció que el lucro cesante es una especie de daño compensable susceptible de fundar el juicio de competencia. También, que la consideración del lugar de producción del daño frente al de generación es especialmente útil para el caso de las infracciones de cartel, que normalmente implicarán a varios demandados de distinta nacionalidad.

En uno y otro caso, la manera de limitar la dispersión de foros competenciales concurrentes era la de la detección del mercado afectado por la infracción y el examen de los puntos de conexión más estrechamente vinculados con el objeto del proceso. Después, resultaba

necesario conceder cierta autonomía al actor, con prohibición de aplicación extensiva de foros competenciales.

Por fin, para el caso de los procesos seguidos contra el cártel de camiones, el Tribunal tuvo una primera ocasión de consolidar su doctrina mediante la STJUE, Sala Sexta, de 29 de julio de 2019, asunto C-29 de julio de 2019, Tibor Trans, para apreciar que, en el marco de una acción indemnizatoria de un perjuicio causado por una infracción del artículo 101 TFUE, consistente en la celebración de acuerdos colusorios sobre fijación de precios e incrementos de precios brutos de camiones, el “lugar donde se haya producido el hecho dañoso” se refería al lugar del mercado afectado por dicha infracción, a saber, el lugar donde se han falseado los precios de mercado y en el cual la víctima alega haber sufrido este perjuicio, incluso si la acción se dirige contra un participante en el cártel con el que la víctima no estableció relaciones contractuales. En particular, el Tribunal consideró como circunstancias especialmente relevantes que la conducta afectó al conjunto del espacio económico europeo y que el perjudicado en cuestión adquirió los productos cartelizados a través de distribuidores autorizados ubicados en el país de su domicilio, que no coincidía con el de ninguno de los destinatarios de la Decisión.

### **3.- ¿Qué hay de nuevo en el asunto C-30/20?**

La Sentencia de 15 de julio es el último eslabón de la doctrina jurisprudencial comunitaria sentada en interpretación del art. 7.2 R Bruselas II para el caso de las infracciones de cartel. En el caso, una empresa domiciliada en Córdoba (España) que adquirió en dicho lugar camiones afectados por la conducta cartelizada de Volvo (cuya matriz está domiciliada en Suecia), decidió demandar a su filial española ante los juzgados mercantiles de Madrid, lugar del domicilio de dicha sociedad filial. Esta sociedad cuestionó la competencia internacional del juez, al considerar que la demanda debería haber sido formulada ante los tribunales del domicilio de su sociedad matriz, lugar de funcionamiento del cartel generador del daño. A su vez, el juez español quiso indagar sobre la naturaleza del precepto en su relación con las categorías procesales internas. Más concretamente, sobre si la norma comunitaria debía permitir no solo determinar la competencia internacional entre jurisdicciones de distintitos Estados miembros, sino también la territorial entre los juzgados de un mismo Estado.

Mediante su reciente pronunciamiento, el Tribunal ha precisado que la competencia internacional y territorial para conocer de una acción de estas características corresponde bien al tribunal del lugar en cuya demarcación se compraron los bienes afectados por la infracción o bien, en caso de compras hechas en varios lugares, al tribunal del lugar de su domicilio social. Lo determinante en ambos casos es considerar que, aunque los Estados miembros gozan de autonomía organizativa para delimitar la extensión de las competencias de un órgano especializado dentro de su propio territorio, el sistema de Bruselas atribuye directa e inmediatamente tanto la competencia internacional como la competencia territorial al tribunal de lugar donde se hubiera causado el daño.

### **4.- Una visión española: la necesaria corrección del criterio del Tribunal Supremo.**

Precisamente este último extremo, que fue advertido previamente tanto por la doctrina española como por algunos juzgados mercantiles de primera instancia, debería provocar una inmediata corrección de la visión del Tribunal Supremo español sobre el particular.

Desde los albores de la litigación por daños en España derivados del cártel de camiones, se sucedieron un sinnúmero de cuestiones de competencia territorial suscitadas entre juzgados mercantiles de todo el territorio que se reconocían recíproca y negativamente competentes

para el conocimiento de las sucesivas demandas. Eso ha permitido que el Tribunal Supremo resolviera de manera recurrente estos conflictos mediante la aplicación analógica de los fueros de competencia territorial reservados por el sistema procesal español para los litigios en materia de competencia desleal (por todas, puede verse el ATS, 1ª, de 9 de abril de 2019, Ponente Antonio Salas Carceller).

Esta toma de posición obviaba que el recurso al sistema procesal interno solo es posible en ausencia de un proceso con elementos transfronterizos, donde la competencia debe fijarse con arreglo a las previsiones del sistema de Bruselas. En esos casos, la atribución de competencia para el conocimiento del caso se atribuye a un órgano jurisdiccional concreto en función de la presencia de puntos de conexión adecuados y suficientes, sin posible discriminación posterior de esa competencia con arreglo a categorías nacionales. Por el contrario, no es compatible con el sistema comunitario sostener que, primero, la competencia internacional debe determinarse con arreglo al sistema del Reglamento en litigios transfronterizos y que, después, todavía deben depurarse las cuestiones de competencia territorial con arreglo a las previsiones de la legislación procesal nacional.