

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Calificación de la acción de cesación de una conducta anticompetitiva materializada en la relación contractual de las partes del litigio. La decisión del TJUE en el asunto C-59/19, de 24 de noviembre de 2020, *Wikingerhof GmbH & Co. KG c. Booking.com BV* (1)

Carmen VAQUERO LÓPEZ

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Valladolid

El ejercicio de una acción civil de cesación de una conducta anticompetitiva, constitutiva de un abuso de posición dominante y directamente relacionada con el contrato que vincula a las partes del litigio, plantea un primer problema de calificación de la acción, que debe resolverse previamente para identificar el tribunal internacionalmente competente. La decisión del TJUE en el asunto *Wikingerhof* resuelve esta cuestión y arroja algo luz sobre la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo relativa a la delimitación de «materia contractual» y «materia extracontractual».

Abuso de posición dominante, calificación, acción civil derivada de ilícito *antitrust*, competencia judicial internacional, materia contractual, materia extracontractual

The exercise of a private action seeking an injunction against commercial practices considered to be contrary to competition law, particularly an abuse of a dominant position occurring in commercial practices covered by contractual provisions, presents a qualification problem of the action, that should be previously solved, in order to respond the question of international jurisdiction. The decision of the ECJ in the *Wikingerhof* case resolves this question and sheds some light on the jurisprudence of the Court of Luxembourg concerning the delimitation of «contractual matters» and «non-contractual matters».

Abuse of a dominant position, qualification, private antitrust action, international jurisdiction, contractual matters, non-contractual matters

I. Introducción

El ejercicio de acciones civiles de reclamación de daños como consecuencia de ilícitos *antitrust* o de cesación de prácticas anticompetitivas plantea un primer problema de calificación de la acción procesal, presupuesto necesario para identificar el tribunal internacionalmente competente para conocer del litigio.

El Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo la competencia judicial internacional, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante RBIBis) «Bruselas I bis» (2), que establece el marco jurídico básico de esta cuestión en el espacio judicial europeo (3), contiene un foro de competencia especial aplicable en materia extracontractual (art. 7.2 RBIBis) conforme al cual, en defecto de sumisión expresa o tácita (arts. 24 y 25 RBIBis), se permite a la víctima de una infracción del Derecho de la competencia interponer su demanda, alternativamente, ante los tribunales del domicilio del demandado (*ex art.* 4 RBIBis) o ante los tribunales del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso (4).

A diferencia de lo que sucede en el marco del Reglamento 864/2007, de 11 de julio de 2017, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, «Roma II» (en adelante RRII) (5), cuyo artículo 6 contiene una norma de conflicto de leyes especial por la que se determina el Derecho material aplicable a la competencia desleal y a los actos que restrinjan la competencia, el sistema del RBIBis no contiene ninguna solución específicamente pensada para

identificar el tribunal internacionalmente competente en esta materia.

En principio, el ejercicio de estas acciones civiles derivadas del incumplimiento de la normativa *antitrust* se enmarca en el ámbito de aplicación material del foro extracontractual que se contiene en el artículo 7.2 RBIbis. Sin embargo, esta solución no siempre resulta evidente ni pacífica; así sucede cuando la acción de reclamación por el ilícito civil se ejercita entre las partes de un contrato y la supuesta conducta anticompetitiva está directamente relacionada con el cumplimiento de dicho contrato. En estos casos la acción judicial se sitúa en los límites de las categorías «contractual» y «extracontractual» utilizadas en el sistema del RBIbis, que no define ninguno de estos dos conceptos, sembrando dudas razonables sobre la posibilidad de invocar el *forum delicti commissi* del artículo 7.2 RBIbis.

La utilización de este foro en el ámbito que nos ocupa exige descartar una calificación contractual de la acción, que no es nada sencilla y a la que no ayuda una jurisprudencia del TJUE muchas veces controvertida y siempre rodeada de incertidumbres. La decisión del [TJUE de 24 de noviembre de 2020, en el asunto C-59/19, Wikingerhof GmbH & Co. KG y Booking.com BV](#), ofrece una buena ocasión para reflexionar sobre esta cuestión y encontrar una calificación autónoma de la materia extracontractual que favorezca una aplicación privada del Derecho de la competencia más coherente con las normas de Derecho internacional privado europeo.

II. Los hechos del litigio principal

La cuestión prejudicial que se plantea ante el TJUE en el asunto que es objeto de nuestro estudio tiene su origen en el litigio surgido entre *Wikingerhof GmbH & Co. KG*, sociedad alemana con domicilio en *Kropp* (Alemania), que regenta un hotel en el Estado federal de *Schleswig-Holstein* (Alemania), y *Booking.com BV*, sociedad neerlandesa con domicilio social en los Países Bajos y que gestiona una plataforma de reservas de alojamiento, en relación con determinadas prácticas de esta última sociedad, que para *Wikingerhof* constituyen un abuso de posición dominante.

En marzo de 2009 la sociedad alemana firmó un contrato tipo facilitado por *Booking.com* en el que se estipula que las condiciones generales de contratación aplicadas por esta última sociedad son parte fundamental de dicho contrato y que, mediante su firma, el hotel declara haber recibido una copia de dichas condiciones generales y confirma haberlas leído, entendido y aceptado. En particular, las condiciones generales de contratación de *Booking.com* prevén que esta sociedad pone a disposición de los hoteles inscritos en su plataforma un sistema de Internet, denominado «Extranet», que les permite actualizar la información relativa a sus establecimientos, así como consultar los datos sobre las reservas efectuadas a través de dicha plataforma. Estas condiciones generales contienen, además, un acuerdo atributivo de competencia a favor de los tribunales de Ámsterdam para conocer, con carácter exclusivo, de todas las controversias que se deriven del contrato.

Con posterioridad a la celebración del contrato, *Booking.com* modificó en diversas ocasiones sus condiciones generales de contratación, lo que llevó a *Wikingerhof* a impugnar dichas condiciones y a ejercitar una acción de cesación de conducta anticompetitiva contra la sociedad neerlandesa ante el *Landgericht Kiel* (Tribunal Regional de lo Civil y Penal de Kiel, Alemania) basada en una infracción de las normas del Derecho alemán en materia de competencia (6). La demandante alegó que las pequeñas sociedades que gestionan hoteles como ella se ven forzadas a celebrar un contrato con *Booking.com* debido a la posición dominante que esta plataforma ocupa en el mercado de los servicios de intermediación y de los portales de reservas hoteleras, aun cuando algunas de las prácticas que lleva a cabo no son equitativas y constituyen una explotación abusiva de esa posición de dominio, contraria al Derecho de la competencia y que, por tanto, debe ser prohibida.

La demandada niega la competencia judicial internacional del tribunal alemán, que decide no admitir la acción por considerar que el acuerdo de atribución de competencia a favor de los tribunales de Ámsterdam, incluido entre las condiciones generales de contratación de *Booking*, es válido. Esta decisión es confirmada en apelación por el *Oberlandesgericht Schleswig* (Tribunal Superior Regional de lo Civil y Penal de *Schleswig*, Alemania), que declara la incompetencia del tribunal alemán, no porque aprecie la primacía del acuerdo de elección de foro a favor de los tribunales neerlandeses (cuya validez no entra a conocer), sino por considerar que la acción ejercitada por *Wikingerhof* está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 7.1 RBIbis, referido al foro de competencia especial en materia contractual, sin que pueda localizarse en territorio alemán el lugar donde se ha cumplido o deba cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda.

Contra esta decisión, *Wikingerhof* interpone recurso de casación ante el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania), que declara la falta de validez del acuerdo atributivo de competencia a favor de los tribunales neerlandeses y cuestiona la calificación contractual de la acción interpuesta por la demandante que ha llevado a cabo el tribunal de apelación, planteando ante el TJUE la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Debe interpretarse el artículo 7, punto 2, del [Reglamento n.º 1215/2012] en el sentido de que puede aplicarse la competencia del lugar del hecho dañoso en caso de una acción entablada para conseguir el cese de determinados actos cuando la conducta reprochada, en principio, se ampara en normas contractuales pero la demandante sostiene que dichas normas son fruto de la explotación abusiva, por parte de la demandada, de una posición dominante en el mercado?»

III. El marco jurídico

En el sistema del RBIbis no encontramos una norma específicamente pensada para resolver qué tribunal tiene

competencia judicial internacional para conocer de las acciones civiles derivadas de ilícitos *antitrust*, a diferencia de lo que sucede en el ámbito del RRII, cuyo artículo 6 contiene una norma de conflicto de leyes especial para determinar el Derecho material aplicable a una obligación extracontractual derivada de un acto de competencia desleal o de una restricción de la competencia (7).

En consecuencia, en defecto de sumisión expresa o tácita (arts. 24 y 25 RBIBis), la competencia judicial internacional de los tribunales europeos para conocer de las demandas interpuestas por la persona, física o jurídica, que sufre una pérdida o daño como consecuencia de una actuación contraria al Derecho de la competencia europeo o nacional, vendrá determinada por el foro general del domicilio del demandado (art. 4 RBIBis) y, alternativamente, por el *forum delicti commissi* que se contiene en el artículo 7.2 RBIBis.

En general, la aplicación de este precepto en ilícitos *antitrust* no plantea ningún problema cuando no existe una previa relación contractual entre demandante y demandado. No se discute que las acciones de reparación, las acciones declarativas sobre la existencia de una conducta colusoria o de un abuso de posición dominante, o las solicitudes de nulidad o acciones de cesación por incumplimiento del Derecho *antitrust* se califiquen como extracontractuales, en la medida en que este sector del ordenamiento jurídico tiene carácter obligatorio, y, por lo tanto, dichas acciones son subsumibles dentro del supuesto de hecho del artículo 7.2 RBIBis (8).

Sin embargo, esta calificación no es tan evidente cuando se dilucida una responsabilidad eventualmente extracontractual, derivada de un ilícito anticoncurrencial, y existe una obligación contractual libremente asumida por las partes del litigio. Así sucede en el asunto *Wikingerhof*, pues la acción de cesación de conducta anticompetitiva se ejercita entre las partes de un contrato y el supuesto abuso de posición dominante alegado por la demandante se materializa en su relación contractual con el demandado.

La calificación de esta acción es, precisamente, la cuestión principal sobre la que se pronuncia el TJUE.

IV. La calificación de las acciones civiles para la cesación de ilícitos *antitrust* vinculados a un contrato en la jurisprudencia del TJUE

La decisión del TJUE en el asunto *Wikingerhof* sobre la calificación de una acción civil de cesación de un abuso de posición dominante ejercido en el marco de un contrato, no solo ofrece algo de luz en su jurisprudencia anterior sobre la interpretación de las materias «contractual» y «extracontractual» en el marco del RBIBis, sino que nos permite detenernos, siquiera sucintamente, en dos cuestiones igualmente relevantes para identificar el tribunal internacionalmente competente para conocer de las acciones derivadas de ilícitos *antitrust*: la eficacia de los acuerdos atributivos de competencia con respecto al ejercicio de estas acciones entre las partes del contrato y la determinación del lugar del hecho dañoso respecto de actividades desarrolladas a través de internet.

1. Alcance del asunto *Wikingerhof*

El TJUE ha declarado reiteradamente que los términos «materia contractual» y «materia extracontractual» que, respectivamente, se contienen en los apartados 1 y 2 del artículo 7 RBIBis, son conceptos autónomos, que deben interpretarse por referencia al sistema y los objetivos del propio Reglamento, con el fin de garantizar una interpretación uniforme de las normas de competencia judicial internacional que se contienen en dichos preceptos.

Es también reiterada la consideración de los foros especiales en materia «contractual» y «extracontractual» como excepciones a la regla general del artículo 4 RBIBis, lo que obliga a una interpretación de su alcance necesariamente restrictiva.

Hasta el momento, la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación de estos conceptos no ha sido especialmente esclarecedora y ha generado una amplia literatura jurídica muy crítica con los pronunciamientos del Alto Tribunal (9). En sus conclusiones al asunto *Wikingerhof*, el Abogado General lleva a cabo una sistemática exposición de esta jurisprudencia, que nos sirve de punto de partida para determinar el alcance de esta nueva decisión del TJUE. De su exhaustivo análisis, interesa particularmente la sistematización que lleva a cabo de los requisitos exigidos por los jueces de Luxemburgo para poder hablar de «materia extracontractual» en el sentido del artículo 7.2 RBIBis.

En primer lugar, es necesaria la concurrencia de un requisito positivo, referido a la necesidad de que la pretensión del demandante se dirija a obligar judicialmente al demandado a reparar los daños y perjuicios eventualmente producidos por una conducta ilícita o a poner fin a un comportamiento susceptible de generar un daño, tal y como sucede en el asunto que nos ocupa, en el que se pretende la cesación de una conducta anticompetitiva, el abuso de posición dominante ejercido por la plataforma *Booking*.

En segundo lugar, para que pueda hablarse de «materia extracontractual» en el sentido del artículo 7.2 RBIBis es necesario que la pretensión del demandante no esté relacionada con la materia contractual, es decir, que no se base en una obligación jurídica libremente consentida por las partes, sino en una obligación delictual, involuntaria, que existe sin que el demandado haya tenido la intención de asumir un compromiso con respecto al demandante y que resulta de un hecho dañoso consistente en el incumplimiento de un deber impuesto por la ley con carácter general.

Por consiguiente, la vinculación de una pretensión a la categoría «materia contractual» o «materia extracontractual» depende su causa, es decir, de la obligación en la que se basa la acción. De este modo, si la obligación se impone en virtud de un contrato o de otra forma de compromiso voluntario asumido por una persona frente a otra, la pretensión es

contractual; por el contrario, si la obligación controvertida resulta del incumplimiento de un deber impuesto por la ley con carácter general, independientemente de cualquier compromiso voluntario, la pretensión es extracontractual o delictual.

Ahora bien, cuando dos personas están vinculadas por un contrato y una de ellas formula una pretensión de responsabilidad contra la otra, como en el caso del que se ocupa el TJUE en el asunto *Wikinghof*, resulta delicado distinguir entre «materia contractual» y «materia extracontractual» a los efectos de identificar el tribunal internacionalmente competente. Más aun cuando la pretensión del actor presenta una cierta conexión con el contrato, en particular porque se refiera a un ilícito causado como consecuencia de su cumplimiento. En estos casos, el hecho dañoso invocado por el demandante puede constituir simultáneamente un incumplimiento de una obligación contractual y un incumplimiento de un deber impuesto por la ley con carácter general, provocando una concurrencia de responsabilidades o de obligaciones contractuales y delictuales.

En un primer momento, los jueces de Luxemburgo se decantaron por considerar que una acción de responsabilidad relativa a un mismo hecho dañoso puede someterse al foro contractual o al foro delictual de los artículos 7.1 y 7.2 RBIBis, respectivamente, en función de los fundamentos jurídicos invocados por el demandante, es decir, de las normas de Derecho material alegadas por éste en la demanda (10). Esta jurisprudencia sufre una importante modificación con la decisión del TJUE en el asunto *Brogstetter* (11), con la que se pretendió adoptar una calificación más objetiva, basada en la interpretación del contrato. En esta decisión el Alto Tribunal establecía que la mera circunstancia de que una de las partes contratantes entable una acción de responsabilidad civil contra la otra no basta para considerar que tal acción esté comprendida en la «materia contractual» en el sentido del (actual) artículo 7.1 RBIBis. Únicamente, entendía el TJUE, la acción puede calificarse de este modo «si puede considerarse que el comportamiento recriminado es un incumplimiento de las obligaciones contractuales, tal como pueden determinarse teniendo en cuenta el objeto del contrato. Éste será el caso, *a priori*, si la interpretación del contrato que une al demandado con el demandante resulta indispensable para determinar la licitud o, por el contrario, la ilicitud del comportamiento imputado al primero por el segundo» (apdos. 24 y 25 de la sentencia).

Se ha señalado que este argumento del TJUE «conduce al absurdo», pues si bien la interpretación del contrato puede ser necesaria para determinar el incumplimiento de una obligación contractual, también puede ser determinante para establecer la existencia de una obligación de exclusividad que puede condicionar un supuesto de competencia desleal ilícita como el que se planteaba en el asunto *Brogstetter* (12), o un abuso de posición dominante como el que da origen a la cuestión prejudicial planteada en el asunto *Wikinghof*.

En su nueva decisión el TJUE da un pequeño giro a esta argumentación, llevando a cabo lo que el Abogado General describe como una «lectura minimalista» de la jurisprudencia *Brogstetter*. Efectivamente, los jueces de Luxemburgo se alejan de su anterior análisis, centrado en determinar si la conducta denunciada puede considerarse un incumplimiento del contrato y obligando a una interpretación del mismo, que no es operativa y puede no ser determinante (13). En su sentencia del pasado 24 de noviembre de 2020 el Alto Tribunal opta por tener en cuenta que la *causa petendi* se basa en la obligación legal de no incurrir en abuso de posición dominante (14). De este modo, «para determinar el carácter lícito o ilícito de las prácticas reprochadas a Booking.com no es indispensable interpretar el contrato que vincula a las partes del litigio principal, pues tal interpretación, si acaso, será necesaria para determinar la realidad de dichas prácticas» (cfr. apdo. 36). Dicho en otros términos, el hecho de que la interpretación del contrato pueda ser relevante en el litigio para apreciar si realmente se produjeron las prácticas abusivas denunciadas por la demandante, no significa que dicha interpretación sea determinante para calificar la acción como «materia contractual» en el sentido del artículo 7.1 RBIBis.

La cuestión verdaderamente indispensable para calificar una acción como extracontractual ex artículo 7.2. RBIBis es, según la nueva decisión del TJUE, que la ilicitud que se invoca en la demanda resulte de una obligación que se impone al demandado con independencia del contrato, lo que particularmente sucede si una de las partes de la relación contractual no tuvo elección al celebrar el contrato controvertido y se vio obligada a soportar los efectos de las modificaciones posteriores de las condiciones generales impuestas por la otra parte, dada la posición de fuerza de la que esta última disfruta en el mercado.

Por lo tanto, en la medida en que la pretensión ejercitada por *Wikinghof* se basa en el incumplimiento, por parte la plataforma demandada, de las normas sobre prácticas restrictivas de la competencia vigentes en el Derecho alemán y éstas están enmarcadas en el ámbito característico de la responsabilidad extracontractual desde la perspectiva de la UE, el TJUE considera que está justificado el recurso al foro del artículo 7.2 RBIBis (15).

Antes de concluir el análisis del asunto *Wikinghof* y previamente a abordar otras cuestiones subyacentes al litigio principal que no fueron objeto de la cuestión prejudicial planteada ante el TJUE, nos gustaría recordar que, de acuerdo con su jurisprudencia *Bosworth y Hurley* (16), la calificación de una pretensión como «contractual» o «extracontractual» no puede llevarse a cabo de la misma forma cuando las partes están vinculadas por un contrato en el que existe una parte débil, especialmente necesitada de tutela, y para la que el sistema del RBIBis articula foros imperativos, de protección, tal y como sucede en materia de seguros (arts. 10 a 16 RBIBis), de contratos celebrados por los consumidores (arts. 17 a 19 RBIBis) y en materia de contratos individuales de trabajo (arts. 20 a. 23 RBIBis). De acuerdo con esta jurisprudencia, las demandas interpuestas entre las partes de este tipo de contratos que traigan causa de las controversias surgidas con ocasión de su cumplimiento estarán comprendidas, en principio, en el ámbito de aplicación de dichos preceptos, independientemente de cuál sea el fundamento (contractual o extracontractual) de las pretensiones de las partes. En estos casos se trata de evitar que el demandante eluda la imperatividad de dichos foros basando sus pretensiones en la responsabilidad delictual del asegurado, consumidor o trabajador, sin respetar la competencia de los tribunales del domicilio del demandado (17).

V. Otras cuestiones no planteadas ante el TJUE sobre donde demandar por abuso de posición dominante ejercido por una plataforma digital

El TJUE únicamente se ha pronunciado sobre la cuestión prejudicial planteada, referida a la calificación de la acción, pero la ocasión se muestra favorable para reflexionar sobre otras dos cuestiones latentes en el litigio principal, especialmente relevantes en la determinación del tribunal internacionalmente competente en materia de responsabilidad extracontractual, como son el alcance de la cláusula de elección de foro y la localización del hecho dañoso.

En primer lugar, por lo que se refiere a la virtualidad de la cláusula atributiva de competencia a favor de los tribunales neerlandeses que se incluye entre las condiciones generales de la contratación de *Booking*, debemos recordar que la subsunción de litigios como el que dio lugar a la cuestión prejudicial en el asunto *Wikingerhof* en el supuesto de hecho del artículo 7.2 RBIBis no impide que las partes del contrato, en cuyo marco se denuncia el abuso de posición dominante, puedan excluir ese fuero especial con base en un acuerdo atributivo de competencia ex artículo 25 RBIBis.

Efectivamente, en su sentencia *Apple Sales International* (18), el Alto Tribunal declaró que un acuerdo atributivo de competencia, en el sentido del artículo 25 RBIBis, contenido en un contrato que vincula a un distribuidor con su proveedor, puede aplicarse respecto a una acción de daños y perjuicios ejercitada por el primero contra el segundo sobre la base del artículo 102 TFUE, cuando el abuso de posición dominante alegado se materialice en sus relaciones contractuales. En estos casos no es necesario que la cláusula atributiva de competencia contenga una referencia expresa a los litigios relativos a la responsabilidad derivada de una infracción del Derecho de la competencia. En opinión del TJUE es suficiente con que dicha cláusula se redacte de modo que abarque esas controversias, lo que particularmente sucede si la cláusula, simplemente, se refiere a las diferencias derivadas de las relaciones entre las partes contratantes (apdos. 29 y 30) (19).

En defecto de validez de la cláusula de atribución de competencia a favor de los tribunales neerlandeses, conforme a la decisión de los jueces de Luxemburgo de calificar la acción como contractual en el sentido del artículo 7.2 RBIBis, *Wikingerhof* podrá interponer la demanda ante los tribunales del lugar donde se ha producido el hecho ilícito.

La determinación de este lugar ha originado también una extensa jurisprudencia del TJUE, en la que se ha abordado expresamente la localización de las actividades desarrolladas a través Internet a los efectos del foro extracontractual del artículo 7.2. RBIBis (20).

En su sentencia de 21 de diciembre de 2016, asunto C-618/15, *Concurrence*, el TJUE respondió a la cuestión prejudicial planteada por la *Cour de Cassation* francesa sobre si el foro del lugar del hecho dañoso del artículo 7.2. RBIBis permite a un distribuidor perjudicado por la vulneración de las normas francesas de Derecho de la competencia ejercitar una acción de cesación de la perturbación ilícita ante el tribunal en cuyo territorio sean accesibles los contenidos publicados o hayan sido accesibles. Para el Alto Tribunal, además de la accesibilidad del sitio web en el foro y de que éste sea el territorio al que va referida la norma anticoncurrencial, es necesario que la actividad del sitio web haya producido o pueda producir en el foro el daño que se invoca (apdo. 34) (21).

Sobre esta base consideramos que, en un asunto como el que nos ha ocupado en estas páginas, el lugar del hecho dañoso imputado a una plataforma que ocupa una posición dominante en el mercado para imponer condiciones de transmisión de reservas hoteleras que constituyen una explotación abusiva de dicha posición, se localiza en el lugar donde se ejerce la actividad hotelera en cuestión, si desde este lugar se puede acceder al sitio web de la plataforma.

VI. Una reflexión final

En su ya clásica obra sobre los ilícitos *antitrust* en el tráfico internacional (22), los profesores *Basedow, Franq e Idot* apuntaban la necesidad de contar con normas claras y viables para hacer frente a la creciente internacionalización de los procedimientos del Derecho de la competencia. Desde su publicación han pasado casi veinte años y el TJUE aún tiene que pronunciarse sobre el alcance de muchos de los preceptos que juegan un papel fundamental en la aplicación privada del Derecho de la competencia.

La decisión del TJUE en el asunto *Wikingerhof* será sin duda bienvenida, por cuanto clarifica uno de sus pronunciamientos más controvertidos, la sentencia *Brogssitter*. La interpretación que el Alto Tribunal lleva a cabo del *forum delicti commissi* cuando se trata del ejercicio de una acción civil de cesación de conducta anticompetitiva cometida en el marco del contrato que vincula a las partes procesales, promueve la seguridad jurídica y la eficiencia que necesita el establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia como el que se persigue en la UE.

Se trata, sin duda, de una decisión esperanzadora, que quizás ayude a hacer desaparecer ese *zumbido* constante de incertidumbre que acompaña a las acciones civiles derivadas de ilícitos *antitrust* (23).

(1) Este trabajo se ha realizado al amparo del Proyecto VA015G18, «Distribución y competencia: retos y problemas en el marco de

una economía global y digitalizada», de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, dirigido por el Dr. Dr. h.c. VELASCO SAN PEDRO, L., y en el marco del GIR que el mismo dirige sobre «Derecho Concursal y Derecho de la Competencia y la Distribución» de la Universidad de Valladolid.

- (2) DOUE L 351 de 20 de diciembre de 2012.
- (3) En el sistema interno de Derecho internacional privado español, el [artículo 22 quinquies a\) LOPJ](#) contiene también un foro especial en materia extracontractual por virtud del cual los tribunales españoles serán internacionalmente competentes «cuando el hecho dañoso se haya producido en territorio español», siempre que el demandado no tenga su domicilio en el territorio de un Estado miembro UE o de un Estado AELC, en cuyo caso será de aplicación el *forum delicti commissi* del artículo 5.3 del Convenio de Lugano de 2007, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 399 de 21 de diciembre de 2007). La aplicación de ambos preceptos provoca similares problemas interpretativos que los que plantea el foro delictual del artículo 7.2 RBIBis, por lo que la jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación de esta precepto será también aplicable cuando esté en causa la delimitación de la «materia contractual» o la «materia extracontractual» a la que se refiere el artículo 5.3 del Convenio de Lugano.
- (4) Un análisis global del RBIBis puede encontrarse en CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dirs.): *Tratado de Derecho internacional privado*, T. I., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2020, pp. 305-448, y en FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO: *Derecho internacional privado*, 11ª Ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 64-127.
- (5) DOUE N° 199 de 31 de julio de 2007.
- (6) En concreto, *Wikingerhof* basó su acción el §33 de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Ley contra las restricciones de la competencia, en adelante *GWB*), en relación con el [artículo 102 TFUE](#), así como en los §18 y §19. 1 y 2 *GWB* y, con carácter subsidiario, en el §20.1 *GWB*.
- (7) Las restricciones a la competencia cubren las prohibiciones de acuerdos entre empresas, las decisiones adoptadas por asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto evitar, restringir o distorsionar la competencia dentro de un Estado miembro UE o dentro del Mercado interior, así como las prohibiciones relativas al abuso de posición dominante dentro de un Estado miembro UE o dentro del Mercado interior, cuando dichos acuerdos, prácticas concertadas o abusos estén prohibidos por los [artículos 101](#) y [102 TFUE](#) o por la legislación de un Estado miembro UE (*cf.* cdo. 23 RRII). Sobre el alcance del artículo 6 RRII, *vid.* BALLARINO, T.: «El Derecho *antitrust* comunitario y el art. 6 del Reglamento Roma II (régimen conflictual y territorial, efecto directo)», *AEDIPr.*, T. VII, 2007, pp. 407-410; CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «El Derecho internacional privado de la Unión Europea frente a las acciones por daños anticompetitivos», *CDT*, 2018, Vol.10, N° 2, pp. 159-171; y DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: «La *lex locis protectionis* tras el Reglamento Roma II», *AEDIPr.*, T. VII, 2007, pp. 375-406.
- (8) *Vid.* CALVO CARAVACA, A.-L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: «El Derecho internacional privado...», *loc cit.*, p. 79 y SUDEROW, J.: «Acciones derivadas de ilícitos *antitrust*: el foro especial de la obligación extracontractual después de la sentencia CDC Hydrogen Peroxide», *CDT*, 2016, Vol. 8, N° 2, pp. 309 y 313.
- (9) Sirva como referencia el trabajo de ARENAS GARCIA, R.: «La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado», *AEDIPr.*, T. VI, 2006, pp. 403-425.
- (10) [STJCE de 27 de septiembre de 1988](#), asunto 189/87, *Kalfelis*.
- (11) [STJUE de 13 de marzo de 2014](#), asunto C-548/12, *Brogstetter*. Comenta esta decisión, CORDERO ÁLVAREZ, C. I., *REDI*, 2014, Vol. LXVI, N° 2, pp. 250-253.
- (12) *Vid.* SÁNCHEZ LORENZO, S.: «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo», *REDI*, 2018, Vol. LXX, N° 2, p. 32.
- (13) *Ibidem*.
- (14) *Vid.* LUTZI, T.: «The CJEU's Decision in *Wikingerhof*: Towards a New Distinction Between Contract and Tort», <https://conflictflaws.net/2020/the-cjeus-decision-in-wikingerhof-towards-a-new-distinction-between-contract-and-tort/>
- (15) *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: «Plataformas B2B: donde demandar por abuso de posición dominante», <https://pedrodemiquelasensio.blogspot.com/2020/12/plataformas-b2b-donde-demandar-por.html>. La naturaleza delictual de esta obligación se ve confirmada por la [STJUE de 21 de mayo de 2015](#), asunto C-352/13, *CDC Hydrogen Peroxide*, que tiene su origen en una serie de demandas de reparación de daños presentadas, con base en las normas de Derecho la competencia, por los compradores de un producto químico contras las empresas que lo fabricaban y que habían participado en un cártel a través del cual habían fijado el precio del producto en cuestión; en su decisión el Alto Tribunal declaró que, aunque los compradores se habían abastecido del producto merced a sus relaciones contractuales con diferentes participantes del cártel, «el hecho generador del perjuicio alegado no consiste en el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales, sino en la limitación de la libertad contractual a causa de ese cártel, ya que esa limitación origina la imposibilidad para el comprador de abastecerse a un precio fijado según las leyes del mercado» (apdo. 43). En general, sobre esta decisión del TJUE *vid.* ORO MARTÍNEZ, C.: «Reglamento Bruselas

I y acciones indemnizatorias derivadas de un cártel: cuestiones de competencia judicial internacional. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) [de 21 de mayo de 2015, asunto C-352/13: Cartel Damage Claims \(CDC\) Hydrogen Peroxide S.A. c. Akzo Nobel NV y otros](#), *La Ley Unión Europea*, 2015, N° 30 y SUDEROW, J.: «Acciones derivadas de ilícitos...», *loc. cit.*

(16) [STJUE de 11 de abril de 2019, asunto C-603/17, Bosworth y Hurley](#).

(17) *Vid.* VAQUERO LÓPEZ, C.: «El concepto de contrato de trabajo en el marco del Convenio de Lugano. Comentario a la [Sentencia del TJUE de 11 de abril de 2019, asunto C-603/17, Bosworth y Hurley](#)», *CDT*, 2020, Vol. 12, N° 1, p. 781-782.

(18) [STJUE de 24 de octubre de 2018, asunto C-595/17, Apple Sales International y otros c. MJA](#)

(19) *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P. A.: «Acciones de daños por abuso de posición dominante: eficacia de las cláusulas atributivas de competencia», <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2018/10/acciones-de-danos-por-abuso-de-posicion.html>. En cualquier caso, cada supuesto «merece una valoración detallada de todas las circunstancias, de la cláusula como tal, de la previsibilidad del foro y del contexto del acuerdo desde la perspectiva del Derecho de la competencia»; *vid.* CALVO CARAVACA, A.-L. y SUDEROW, J.: «Aplicabilidad de un acuerdo de elección de foro a una reclamación de indemnización de daños por vulneración del [artículo 102 TFUE](#): el caso *Apple Sales International (C-595/17)*», *CDT*, 2019, Vol. 11, N° 2, pp. 439-451. También sobre esta decisión, *vid.* PARADELA AREÁN, P.: «La eficacia de las cláusulas jurisdiccionales en la aplicación privada del Derecho de la competencia: Sentencia del Tribunal de Justicia [de 24 de octubre de 2018, asunto C-595/17, Apple Sales International y otros](#)», *La Ley Unión Europea*, 2019, N° 67.

(20) Sintetiza las diferentes teorías del TJUE para localizar el *forum delicti commissi* del artículo 7.2 RBiBis, VILLAMARÍN LÓPEZ, M. L.: «Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad extracontractual en Internet: Nuevos criterios interpretativos en la determinación del lugar de producción del daño. A propósito de la *STJUE Concurrence vs. Samsung y Amazon*, de 21 de diciembre de 2016», *CDT*, 2018, Vol. 10, N° 1, pp. 657-661.

(21) *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P.A.: «La accesibilidad de los sitios de Internet como fundamento de la competencia internacional: una oportunidad perdida», <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2016/12/la-accesibilidad-de-los-sitios-de.html#more>. Frente a la disyuntiva entre la aplicación de la teoría de la accesibilidad por un lado, o la teoría de la focalización por otro, el TJUE parece decantarse por una vía intermedia, que lleva a considerar un *forum actoris* que no siempre responderá a los principios de proximidad y previsibilidad sobre los que se construye el sistema del RBiBis; en este sentido *vid.* SUQUET CAPDEVILLA, J.: «El lugar del hecho dañoso en Internet: criterios de atribución de competencia judicial internacional. STJUE de 21 de diciembre de 2016, asunto C-68/15: *Concurrence SARL v Samsung Electronics France SAS y Amazon Services Europe Sàrl*», *La Ley Unión Europea*, 2017, N° 47. Critica también esta decisión, por las consecuencias que tiene para las víctimas indirectas, RODRÍGUEZ RODRIGO, J.: «Aplicación del foro del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 en casos de víctimas indirectas. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 21 de diciembre 2016, *Concurrence, C-618/15*», *CDT*, 2018, Vol. 10, N° 1, pp. 620-629.

(22) *Vid.* BASEDOW, J, FRANQ, S. e IDOT, L.: *International Antitrust Litigation Conflicts of Law and Coordination*, Oxford, 2012.

(23) *Vid.* Lutz, T.: «The Bee That's Buzzing in Our Bonnets. Some Thoughts about Characterisation after the Advocate General's Wikinghof Opinion», <https://conflictoflaws.net/2020/the-bee-thats-buzzing-in-our-bonnets-some-thoughts-about-characterisation-after-the-advocate-generals-wikinghof-opinion/>

