

Daños y perjuicios por infracción del Derecho de la Competencia

Derecho de la competencia en el sector
farmacéutico

CEFI, 18.09.2018

Helmut Brokelmann

Transposición de la Directiva 2014/104/UE

- **Real Decreto-ley 9/2017**, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, BOE de 27 de mayo de 2017
 - Modificación **LDC** (Artículo tercero)
 - Modificación **LEC** (Artículo cuarto)
 - **Definiciones** (nuevo apdo. 3 en DA 4ª LDC)
- Art. 22 DD: no **efecto retroactivo**
- DT primera: **disposiciones LDC** “no se aplicarán con efecto retroactivo”
- **Enmiendas LEC**: “aplicables a proc. incoados [admisión demanda civil] con posterioridad a su entrada en” (DT2ª LEC: nuevos procesos 1ª instancia post entrada en vigor)
- **¿Efecto directo horizontal?** (C-441/14, *Dansk Industri*)

Objetivos

- Codificación del ***aquis* comunitario**
- Promoción de acciones de daños, en particular las **indirectas**
- Conciliación de aplicación **pública y privada**

Hitos de la transposición

- Transposición **compleja** con impacto significativo en Derecho **material y procesal**
 - Nueva responsabilidad **solidaria extracontractual**
 - Modificación de las reglas de **prescripción**
 - **Efecto vinculante** de decisiones de ANC
 - Completa enmienda de reglas de **prueba y diligencias preliminares**

Codificación del *aquis comunitario* (en LDC)

- *Courage/Crehan*: “**cualquier persona**” (Arts. 1 and 3 DD; 72 RDL); compradores director e indirectos; consumidores finales; partes contractuales
 - 71.2 RDL: presunción de imputación a “**empresas que controlan**” la empresa infractora (Art.1.1DD: “empresa”/unidad económica incl. hermanas y nietos; CoJ en *Kone* [37])
- **Pleno resarcimiento** (Art. 3 DD, 72 RDL)
 - daño emergente, lucro cesante + intereses;
 - sin sobrecompensación (exclusión en DD de daños punitivos/ múltiples)
- *Courage + Manfredi*: procedimiento según Dº nacional pero principios de **equivalencia y efectividad** (Art. 4 DD, DA2ª RDL)
- Art. 71 RDL: **responsabilidad objetiva?** (cf. [11] considerando DD)

Codificación del *aquis comunitario* (en LDC)

- **Responsabilidad solidaria** (Art. 11 DD literalmente en 73 RDL):
 - Novedad en Dº extracontractual; sólo para acciones daños
 - **Privilegio PYMEs** propios compradores dir/indir si cuota inferior 5% y riesgo viabilidad econ.
 - **Privilegio beneficiario dispensa/inmunidad** (RDL bien traducida; DD mal traducida): sólo propios compradores
 - Derecho de repetir del **infractor que hubiera “pagado”** según responsabilidad relativa
 - privilegio del beneficiario de inmunidad (sólo cártel secreto) en **regreso**
 - Dudoso privilegiar en **relaciones externas**; mejor sólo en **internas**?

Codificación ultra-*aquis*

- **Prescripción** de 5 años (Art. 10, 74 RDL);
 - Cambio muy significativo (**1968 CC: 1 año**)
 - **Dies a quo:**
 - 1969 (*desde el día que pudieron ejercitarse*)
 - vs nuevo 1964.2 (*“desde que pueda exigirse el cumplimiento de la obligación”*):
 - ¿incoación + Comunicado CNMC/decisión administrativa/firmeza?; ¿follow-on puede ejercitarse antes de firmeza?
 - Interpretación *pro actione* en **STS Centrica**
 - 74.2 RDL: “demandante” tenga conocimiento (cesión CDC?)
 - **Interrupción** durante proc adtvo (¿incoación/info reservada?) + 1 año después de que DEC sea firme
 - 74.4 RDL: tb si ADR (arbitraje); P: 18.2 DD requiere litispendencia para que Juez interrumpa; imposible en ADR

Efecto vinculante

- **Efecto vinculante de decisiones de las ANC** (Art. 9 DD, 75 RDL)
 - Sólo en caso de **firmeza** (= STS Azúcar y Mediapro) = 9 DD
 - STS Azúcar: sólo respecto de **Hechos**
 - **Cualquier ANC** en 75 RDL (vs. “principio de prueba” en DD)
 - **Sobra el 75.2 RDL** (traspone 9.2 DD pero quitando que sólo es “principio de prueba”)
 - Cualquier infracción del “**Derecho de la competencia**”: ¿sólo Dº nacional de ES o de cualquier EM?

Codificación ultra *acquis*

- **Presunción** de que cárteles causan daños (76 RDL; individuo debe demostrar que él ha sufrido daño)
- Tribunales facultados para **estimar el importe** (Art. 17DD, 76.2 RDL)
 - **STS Azúcar: flexibilidad estimación** por carácter hipotético de contrafactuales
 - **STS Azúcar: Peritos: insuficiencia de negar daño; cuantificación alternativa**
 - TS reconoce dificultad de **perito judicial** por sistema de lista corrida
- **CNMC** puede informar sobre criterios de cuantificación (ya 5.2.b LCNMC)
- Promueve ADR con suspensión prescripción (Arts. 18 DD, 74.4 and 81RDL)
- Nuevo art 64.3.c) LDC: reparación del daño como **atenuante** y efectivo resarcimiento como **atenuante cualificada**
- **Tratamiento privilegiado** si **acuerdo extrajudicial** tanto en relaciones externas como en acciones internas de repetición (Art. 19 DD, 77 RDL)

Passing-on/compradores indirectos

- Reconocimiento del **passing-on** (Art. 12 DD, 78 RDL)
 - Conflicto con jurisprudencia TJUE (Comateb), TS (Azúcar) y BGH (Orwi)
 - Existencia de **lucro cesante no excluye pass-on**
 - Si lucro cesante, se **bifurca la reclamación**: emergente repercutido a comprador indirecto y lucro para c. directo
- **Carga de prueba** repercusión del demandado, pero exhibición de pruebas (13 D, 78.3, 79 RDL)
- 12.5 DD (78.2RDL): Juez calcula coste repercutido “**con arreglo a Derecho**” (no “estimación”)
- **Presunción** (14.2DD literalmente transpuesto en 79.2 RDL) **facilita el pass-on** y acciones indirectas **pero**:
 - no hay **daños múltiples/punitivos**;
 - **acciones colectivas** limitadas en 11 LEC (notificaciones individualizadas)
 - difícil cuantificación en **acciones dispersas de consumidores**;
 - riesgo de **sobrecompensación** + enrq. injusto; riesgo de **responsabilidad múltiple** (aq 15 DD y 80 RDL)
 - **Illinois Brick/US federal rule**

Modificaciones de la LEC

- Modificación total de reglas de **prueba y diligencias preliminares** (no sólo daños aq capítulo especial)
- Distinción **fuentes de prueba y medios de prueba**
- Nuevas reglas de protección de **info confidencial** (5.4DD; 283bis.b) RDL)
- **Acceso a pruebas** previo a demanda (dil prel; 283bis.e))
- **Multas coercitivas/ficta confessio** en caso de desobediencia incumplimiento confi /283bis h) y k)
- Reconocimiento **legal privilege** (283bis.b).3; 5.6 DD)
- Nueva **vista oral** sobre acceso a pruebas (283bis.f)

Capítulo específico (283 bis LEC) sobre acceso en acciones de daños por infracción DC

- **Conflicto inherente** entre aplicación privada (acceso a pruebas de la ANC) y aplicación pública (protección de solicitantes de clemencia)
- Indicios de menor **número de solicitudes de clemencia**
- Implementa casi literalmente **arts. 5-8 DD**
- **Exhibición pruebas sobre** identidad infractor, prácticas restrictivas, identificación y volumen de productos afectados, identidad compradores dir/indir, precios aplicados; identidad grupos de afectados (**letra a**)
- **Proporcionalidad**
- **Letra i):** Límites a exhibición pruebas en expte CNMC: **lista gris, negra y blanca** como 6.5 + 6.6. +6.9 DD)
- Demandante puede solicitar que Juez acceda a declaración oral y solicitudes de transacciones para **verificar** que lo son realmente

Muchas gracias por su atención!

Helmut Brokelmann

Socio Director

Martínez Lage, Allendesalazar & Brokelmann, S.L.P.



Contacto:

(+34) 91 426 44 70

(+34) 91 577 37 74

hbrokelmann@mlab-abogados.com

MLAB Abogados

Claudio Coello, 37, 2º Izq.

28001 Madrid (España)