Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MICHAL BOBEK
presentadas el 5 de septiembre de 2019[1]

Asunto C-228/18

Gazdasági Versenyhivatal
contra
Budapest Bank Nyrt.,
ING Bank NV Magyarországi Fióktelepe,
OTP Bank Nyrt.,
Kereskedelmi és Hitelbank Zrt.,
Magyar Külkereskedelmi Bank Zrt.,
Erste Bank Hungary Zrt.,
Visa Europé Ltd,
MasterCard Europe SA

[Petición de decisión prejudicial planteada por la Kúria (Tribunal Supremo, Hungría)]

«Competencia — Artículo 101 TFUE, apartado 1 — Acuerdos, decisiones y prácticas concertadas — Restricción de la competencia "por el objeto" o "por el efecto" — Sistema de tarjetas de pago en Hungría — Acuerdo sobre la tasa de intercambio — Participación»

I. Introducción

1. Desde los orígenes del Derecho de la Unión Europea en materia de competencia se ha vertido mucha tinta sobre la dicotomía entre la restricción de la competencia *por el objeto* y la restricción *por el efecto*.[2] Por eso no deja de sorprender que esta diferenciación, derivada del propio tenor de la prohibición en el (actual) artículo 101 TFUE, aún requiera de la interpretación del Tribunal de Justicia.

2. En teoría, la distinción es relativamente fácil. Sin embargo, en la práctica resulta algo más compleja. Es justo decir también que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no siempre ha sido meridianamente clara a este respecto. De hecho, numerosas resoluciones de los tribunales de la Unión Europea han sido criticadas por la doctrina jurídica por difuminar la distinción entre uno y otro concepto.[3]

1 Lengua original: inglés.

2 Véase, por ejemplo, Baumbach, A. y Hefermehl, W., *Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht*, 8.ª ed., C. H. Beck'sche Verlagsbuchhylung, Múnich-Berlín, 1960, p. 1500; Focsaneanu, L., «Pour objet ou pour effet», *Revue du Marché Commun*, 1966, pp. 862 a 870, y Van Gerven, W., *Principes du Droit des Ententes de la Communauté Économique Européenne*, Bruylant, Bruselas, 1966, pp. 67 a 70.

3 Véase, por ejemplo, Whish, R., *Competition Law*, 5.ª ed., Lexis Nexis, Londres, 2003, pp. 110 y 111.

3. En el presente asunto, la Kúria (Tribunal Supremo, Hungría) insta al Tribunal de Justicia a arrojar más luz sobre una dicotomía que se halla en el corazón del artículo 101 TFUE, lo que permitirá al Tribunal de Justicia seguir desarrollando su más reciente jurisprudencia sobre la materia, especialmente las sentencias CB [4] y Maxima Latvija. [5]

II. Marco jurídico

A. Legislación nacional

4. El artículo 11, apartado 1, de la a tisztességtelen piaci magatartás és a versenykorlátozás tilalmáról szóló 1996. Évi LVII. törvény (Ley n.º LVII de 1996, por la que se prohíben las prácticas de mercado desleales y la restricción de la competencia; en lo sucesivo, «Ley sobre prácticas desleales») establece:

«Quedarán prohibidos los acuerdos, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas (en lo sucesivo, colectivamente, "acuerdos") entre empresas establecidas con arreglo a la libertad de asociación, corporaciones públicas, asociaciones y otras organizaciones empresariales (en lo sucesivo, colectivamente, "asociaciones de empresas") que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. Los acuerdos celebrados entre empresas no independientes entre sí no se considerarán acuerdos en este sentido.»

III. Hechos, procedimiento y cuestiones prejudiciales planteadas

5. Cuando se producen operaciones con tarjetas de crédito como las controvertidas en el procedimiento principal, normalmente intervienen cuatro sujetos principales: el titular de la tarjeta, la institución financiera que emitió la tarjeta de crédito (en lo sucesivo, «banco emisor»), el comerciante y la institución financiera que presta servicios a dicho comerciante para que pueda aceptar la tarjeta como medio de pago de la operación (en lo sucesivo, «banco adquirente»).

6. Según informa el órgano jurisdiccional remitente, a comienzos de los años noventa en Hungría el sistema de pagos con tarjeta de crédito aún se hallaba en estado embrionario. A mediados de dicha década, las compañías Visa Europe Ltd (en lo sucesivo, «Visa») y MasterCard Europe SA (en lo sucesivo, «MasterCard») (en lo sucesivo, designadas conjuntamente como «compañías de tarjetas de crédito») contemplaron en sus reglamentos internos la posibilidad de que los bancos emisores de tarjetas y los bancos adquirentes determinaran conjuntamente el importe de la *tasa de intercambio* (en lo sucesivo, «TI»). La TI es el importe que paga el banco adquirente al banco emisor cuando tiene lugar una operación con tarjeta de crédito.

7. Entre 1991 y 1994, cuando solo unos pocos bancos participaban en los sistemas de tarjeta de crédito en Hungría, los bancos estuvieron acordando bilateralmente el importe de la TI. Sin embargo, en 1994 Visa invitó a los bancos participantes en dicho sistema a constituir un fórum nacional, entre otros fines, para acordar una política local de precios para la TI. Entre 1995 y 1996, los bancos que operaban en el sector de las tarjetas pusieron en marcha una cooperación multilateral (en lo sucesivo, «Fórum»), en cuyo marco debatieron específicamente las cuestiones del negocio de las tarjetas que requerían cooperación.

4 Sentencia de 11 de septiembre de 2014, CB/Comisión (C-67/13 P, en lo sucesivo, «sentencia CB», EU:C:2014:2204)

5 Sentencia de 26 de noviembre de 2015, Maxima Latvija (C-345/14, en lo sucesivo, «sentencia Maxima Latvija», EU:C:2015:784).

8. En el marco del Fórum, el 24 de abril de 1996 siete bancos que, en su mayoría, se habían adherido al sistema de ambas compañías de tarjetas de crédito, alcanzaron un acuerdo relativo al importe mínimo de la *tasa de descuento a comerciantes* (en lo sucesivo, «Acuerdo TDC»). Dicha tasa (en lo sucesivo, «TDC») es la comisión que el banco adquirente cobra a los comerciantes por aceptar pagos con tarjeta de crédito. Sin embargo, el Acuerdo TDC nunca llegó a entrar en vigor.

9. El 28 de agosto de 1996, esos mismos bancos adoptaron un acuerdo en el que establecían de manera unitaria, con efectos a partir del 1 de octubre de 1996, el importe de la *tasa de intercambio multilateral* (en lo sucesivo, «TIM») aplicable en relación con ambas compañías de tarjetas de crédito (en lo sucesivo, «Acuerdo TIM»). Las compañías de tarjetas de crédito no estuvieron presentes en la reunión en que se celebró el acuerdo, pero les fue remitida una copia de este por Kereskedelmi és Hitelbank Zrt., en su condición de interlocutor. Posteriormente, otros bancos se adhirieron al Acuerdo TIM y al mecanismo del Fórum.

10. El 31 de enero de 2008, la Gazdasági Versenyhivatal (Oficina húngara de Defensa de la Competencia; en lo sucesivo, «ODC») inició un procedimiento en materia de competencia que tenía por objeto el Acuerdo TIM. Dicho Acuerdo siguió en vigor hasta el 30 de julio de 2008.

11. En su resolución de 24 de septiembre de 2009 (en lo sucesivo, «resolución impugnada»), la ODC concluyó que, al haber determinado una TIM y al haber configurado y promovido el Acuerdo TIM, los 22 bancos parte en dicho acuerdo y las compañías de tarjetas de crédito habían celebrado acuerdos contrarios a la competencia en infracción del artículo 11, apartado 1, de la Ley sobre prácticas desleales y, desde el 1 de mayo de 2004, en infracción del artículo 81 CE, apartado 1 (actualmente, artículo 101 TFUE, apartado 1). La ODC impuso a los siete bancos que inicialmente habían constituido el Acuerdo MIF y a las dos compañías de tarjetas de crédito multas de diferente cuantía cuyo importe total ascendía a 1 922 000 000 forintos húngaros (HUF).

12. En su resolución, la ODC consideró que el Acuerdo TIM constituía una restricción de la competencia por su objeto. Además, consideró que dicho acuerdo constituía una restricción de la competencia por su efecto.

13. Las compañías de tarjetas de crédito y seis de los bancos sancionados con la multa (en lo sucesivo, «demandantes en el procedimiento principal») recurrieron la resolución impugnada ante el Fővárosi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social de la Capital, Hungría), que desestimó el recurso.

14. Los demandantes en el procedimiento principal, con la excepción de MasterCard, interpusieron recurso de apelación contra dicha sentencia ante el Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital, Hungría), que anuló parcialmente la decisión impugnada y ordenó a la ODC tramitar un nuevo procedimiento de investigación. En opinión de ese tribunal, no era posible que una conducta constituyera una restricción de la competencia por su objeto y, al mismo tiempo, una restricción de la competencia por su efecto. Asimismo, declaró que el acuerdo controvertido no constituía una restricción de la competencia por su objeto.

15. La ODC interpuso ante la Kúria (Tribunal Supremo) recurso de casación contra esta última sentencia. Dicho órgano jurisdiccional, al albergar dudas sobre la interpretación correcta del artículo 101 TFUE, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Puede interpretarse el [artículo 101 TFUE, apartado 1,] en el sentido de que puede infringirlo un único comportamiento tanto por su objeto contrario a la competencia como por su efecto contrario a la competencia, tomados ambos como bases jurídicas independientes?

2) ¿Puede interpretarse el [artículo 101 TFUE, apartado 1,] en el sentido de que constituye una restricción de la competencia por su objeto el acuerdo sobre el que versa el litigio, celebrado entre bancos húngaros y que establece, respecto de las dos compañías de tarjetas bancarias, MasterCard y Visa, un importe unitario de la tasa de intercambio que debe satisfacerse a los bancos emisores por el uso de las tarjetas de tales compañías?

3) ¿Puede interpretarse el [artículo 101 TFUE, apartado 1,] en el sentido de que también se consideran partes en un acuerdo interbancario las compañías de tarjetas de crédito que no participaron directamente en la definición del contenido del acuerdo pero hicieron posible la adopción del mismo y lo aceptaron y aplicaron, o bien debe apreciarse que estas compañías concertaron su comportamiento con los bancos que celebraron el acuerdo?

4) ¿Puede interpretarse el [artículo 101 TFUE, apartado 1,] en el sentido de que, habida cuenta del objeto del litigio, para apreciar una infracción del Derecho de la competencia no es necesario delimitar si se trata de participación en el acuerdo o de concertación con el comportamiento de los bancos participantes en el acuerdo?»

16. Han presentado observaciones escritas ocho de los demandantes en el procedimiento principal (Budapest Bank Nyrt., ING Bank N.V. Magyarországi Fióktelepe, OTP Bank Nyrt., Kereskedelmi és Hitelbank Zrt., Magyar Külkereskedelmi Bank Zrt., Erste Bank Hungary Zrt., Visa y MasterCard), la ODC, el Gobierno húngaro, el Órgano de Vigilancia de la AELC (en lo sucesivo, «OVA») y la Comisión Europea. Estas mismas partes, con excepción de Kereskedelmi és Hitelbank Zrt., fueron también oídas en la vista del 27 de junio de 2019.

IV. Apreciación

17. En mi opinión, la respuesta a las cuestiones prejudiciales primera, tercera y cuarta del órgano jurisdiccional remitente es relativamente sencilla. Voy a comenzar dando una breve respuesta a la primera cuestión, recordando que la misma conducta sí puede ser calificada como restricción de la competencia tanto por su objeto como por su efecto, siempre que así lo permitan las pruebas aportadas (sección A). A continuación, me ocuparé de lo que considero el núcleo del presente asunto: ¿en qué condiciones puede constituir un acuerdo como el Acuerdo TIM una restricción por su objeto? (sección B). Por último, voy a tratar las cuestiones tercera y cuarta, que están interconectadas, analizando primero el alcance de la obligación que incumbe a la autoridad de defensa de la competencia de declarar si la conducta en cuestión constituye un acuerdo o una práctica concertada (sección C) y, por último, entrando en la cuestión de la participación de las compañías de tarjetas de crédito en un acuerdo o en una práctica concertada en las circunstancias del presente asunto (sección D).

A. Primera cuestión prejudicial

18. Con su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si una misma conducta de una empresa puede restringir la competencia, con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 1, *tanto* por su objeto *como* por su efecto.

19. En mi opinión, esta cuestión exige una respuesta claramente afirmativa. Así se deduce no solo de la lógica y del contexto de la disposición, sino también de la ya consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

20. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas acerca del significado exacto de la expresión «objeto o efecto». En particular, dicho tribunal se pregunta si el carácter *alternativo* de ambos requisitos significa que un determinado acuerdo no puede considerarse restrictivo de la competencia por su objeto *y* por su efecto al mismo tiempo. De hecho, en la resolución impugnada, la ODC consideró que el Acuerdo TIM constituía una restricción de la competencia tanto por su objeto como por su efecto.

21. Desde el punto de vista lógico (formal), la conjunción disyuntiva «o» normalmente se entiende en sentido inclusivo. Una oración que contenga dos proposiciones unidas por «o» será cierta si lo es una de las proposiciones que la componen o si lo son las dos. Por lo tanto, puede haber una restricción de la competencia solo por el objeto, solo por el efecto o tanto por el objeto como por el efecto.

22. Sin duda, podría mantenerse un apasionante debate acerca de si la lógica es (o debe ser) una herramienta general de interpretación del Derecho de la Unión Europea, pero en este caso concreto entender la conjunción «o» en la frase «objeto o efecto» como una disyuntiva inclusiva es totalmente coherente con el objetivo y finalidad del artículo 101 TFUE, apartado 1.

23. El artículo 101 TFUE, apartado 1, está formulado en términos muy amplios. Pretende abarcar todas las formas de colusión entre empresas («todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas»), con independencia del objetivo perseguido y el objeto del acuerdo («que tengan por objeto o efecto»), que puedan afectar negativamente a la competencia en la Unión Europea («impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior»). Por lo tanto, quedan comprendidos todos y cada uno de los tipos de conducta enumerados, independientemente de si se producen por separado o, *con más motivo*, simultáneamente.

24. Por otro lado, los acuerdos contrarios a la competencia por su objeto y los que lo son por su efecto no son ontológicamente diferentes. Desde el punto de vista sustantivo, no hay diferencia entre ellos: ambos restringen la competencia en el mercado interior y, por ese motivo, en principio están prohibidos. La distinción entre los dos objetos se basa realmente en consideraciones de carácter procesal. Con ella se pretende indicar el tipo de análisis que deben efectuar las autoridades de defensa de la competencia cuando valoren los acuerdos a la luz del artículo 101 TFUE, apartado 1.

25. El Tribunal de Justicia recalcó esta interpretación ya en el año 1966, en la sentencia LTM, cuando señaló que el uso de la conjunción disyuntiva «o» en el entonces artículo 85 CEE, apartado 1, significaba que la autoridad de defensa de la competencia debía considerar en primer lugar el objeto del acuerdo. Sin embargo, en caso de que el análisis del objeto del acuerdo «no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, es necesario entonces examinar los *efectos* del acuerdo». [6]

26. Este aspecto queda claro también en sentencias más recientes del Tribunal de Justicia. En la sentencia CB, el Tribunal de Justicia aclaró que algunas formas de comportamiento coordinado pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia. En esos casos sería «*innecesaria* la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado a efectos de aplicar el [artículo 101 TFUE, apartado 1]». En efecto, «la experiencia muestra que esos comportamientos dan lugar a reducciones de la producción y subidas de precios que conducen a una deficiente asignación de los recursos en perjuicio especialmente de los consumidores». [7] La sentencia Maxima Latvija contiene también afirmaciones similares. [8]

6 Sentencia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38), p. 249. El subrayado es mío.

7 Sentencia DB, apartados 50 y 51.

8 Sentencia Maxima Latvija, apartado 19.

27. Por lo tanto, la dicotomía objeto/efecto es, en definitiva, un instrumento procesal destinado a guiar a la autoridad de defensa de la competencia en el análisis que debe efectuar con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 1, en función de las circunstancias del caso.[9] No se exige a las autoridades que efectúen un examen minucioso de los efectos del acuerdo (algo que generalmente lleva más tiempo y exige más recursos[10]) si sostiene y acredita que el acuerdo es contrario a la competencia por su objeto.

28. Sin embargo, en la medida en que ambos tipos de acuerdos no son intrínsecamente diferentes, la autoridad puede perfectamente optar, en un caso concreto, por examinar el acuerdo desde los dos puntos de vista al mismo tiempo, en una sola resolución, y así comprobar si se cumplen los dos requisitos. Esta práctica debe estar justificada, como alegan la Comisión y la OVA, por razones de eficiencia procesal: si el objeto contrario a la competencia de un acuerdo es controvertido, puede ser más «seguro» para la autoridad, en caso de ulterior litigio, demostrar que el acuerdo también es contrario a la competencia por su efecto.[11] De hecho, el Tribunal de Justicia ha admitido expresamente que las empresas pueden participar «en una concertación que [tenga] por objeto *y* como efecto restringir el juego de la competencia dentro del mercado interior, en el sentido del artículo 101 TFUE».[12]

29. Dicho esto, deseo recalcar un punto importante: aceptar, como posibilidad conceptual, que un acuerdo pueda constituir ambos tipos de restricción no exonera a la autoridad de defensa de la competencia de la obligación de aportar, en primer lugar, las pruebas necesarias de ambos tipos de restricción y, en segundo lugar, de valorar dichas pruebas y subsumirlas en las correspondientes categorías jurídicas.

30. Creo que es importante subrayar con claridad este aspecto, no tanto por el texto de la presente petición de decisión prejudicial, sino por su subtexto. Difícilmente podría ser suficiente, ni siquiera con miras a una ulterior revisión judicial de la resolución, que en ella la autoridad de defensa de la competencia se limitase a reunir pruebas sobre los hechos y, sin exponer las conclusiones de su apreciación jurídica de dichas pruebas, simplemente afirmase que una determinada conducta podría ser esto y/o lo otro, dejando en definitiva al órgano jurisdiccional la tarea de conectar los distintos hechos y llegar a una conclusión. Dicho en pocas palabras, la existencia de distintas opciones jurídicas no justifica la vaguedad de las resoluciones, y menos aun cuando en ellas se imponen graves sanciones administrativas.

31. Por último, quisiera volver sobre tres argumentos adicionales formulados por el órgano jurisdiccional remitente en su petición de decisión prejudicial que le han llevado a expresar dudas acerca de la posibilidad de que una autoridad califique una conducta como infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, por ambos motivos.

32. En primer lugar, al no existir una diferencia conceptual entre estos, no es extraño que una autoridad de defensa de la competencia aluda a los mismos hechos y consideraciones económicas para calificar un acuerdo como contrario a la competencia tanto por su objeto como por su efecto. Con la salvedad recién señalada de que la calificación jurídica debe ser clara, la diferencia en el análisis que

9 Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en el asunto CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), punto 30.

10 Véanse, en sentido similar, las conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto T-Mobile Netherlands y otros (C-8/08, EU:C:2009:110), punto 43.

11 Sucede en ocasiones también que una autoridad de defensa de la competencia deja sin resolver la cuestión de si un acuerdo persigue un objeto restrictivo porque ha concluido que el acuerdo tiene un efecto contrario a la competencia: véase Bailey, D. y John, L.E. (eds.), *Bellamy & Child — European Union Law of Competition*, 8ª ed., Oxford University Press, Oxford, p. 164, con más referencias.

12 Véase la sentencia de 9 de julio de 2015, InnoLux/Comisión (C-231/14 P, EU:C:2015:451), apartado 72 y jurisprudencia citada. El subrayado es mío.

debe hacer la autoridad en las dos situaciones es más de carácter cuantitativo que cualitativo. Los dos tipos de análisis no son sino formas diferentes, basadas en los conocimientos y la experiencia adquiridos por la autoridad, de responder a una misma cuestión: si el acuerdo en cuestión puede impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior.

33. En segundo lugar, no existe una correlación automática entre la calificación de un acuerdo como restrictivo por el objeto o por el efecto y la cuantificación de las sanciones que se impongan a las empresas responsables. A tenor del artículo 23, apartado 3, del Reglamento (CE) n.º 1/2003, «a fin de determinar el importe de la multa, procederá tener en cuenta, además de la *gravedad* de la infracción, su duración».[13] Sin duda, los acuerdos considerados como restrictivos de la competencia por su objeto son más propensos a ser calificados como infracciones graves del Derecho de la competencia. Sin embargo, ello es tan solo la consecuencia inevitable de que el concepto de «restricción por el objeto» se limite a formas de coordinación que «revelen un *grado de nocividad* para la competencia suficiente».[14] Y, lo que es más importante, en modo alguno se excluye que, por un lado, ciertas restricciones por el objeto puedan considerarse, a la luz de todas las circunstancias del caso, como infracciones de menor gravedad y, por otro, ciertas restricciones por el efecto puedan constituir infracciones especialmente graves del Derecho de la competencia.

34. En tercer lugar, la calificación de un acuerdo como restrictivo por el objeto o por el efecto tampoco tiene incidencia en la posibilidad de aplicar una exención con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 3. Nada en el tenor de esta disposición sugiere que las exenciones solo se puedan aplicar a las restricciones de la competencia por el efecto. Además, tal limitación sería también difícilmente conciliable con el hecho de que, como he expuesto en el punto 24 de las presentes conclusiones, no hay diferencia conceptual entre los dos tipos de acuerdo.

35. En efecto, en el asunto Matra Hachette el Tribunal General declaró que todas las formas de práctica contraria a la competencia comprendidas en el artículo 101 TFUE, apartado 1, pueden estar exentas con arreglo al apartado 3 del mismo artículo, si se dan las condiciones necesarias.[15] Esta conclusión no queda desvirtuada por la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Beef Industry Development Society y Barry Brothers.[16] El apartado 21 de esta última no se puede interpretar como indicación de que la distinción entre restricciones por el objeto y por el efecto sea relevante a efectos del artículo 101 TFUE, apartado 3. En dicho pasaje el Tribunal de Justicia simplemente pretendía explicar que la falta de una intención subjetiva de restringir la competencia por parte de las empresas participantes en el acuerdo no impide que este sea, de por sí, contrario a la competencia. Este es el motivo por el que el Tribunal de Justicia aclaró que, una vez que se aprecia que un acuerdo es restrictivo de la competencia, el hecho de que con él se persigan otros objetivos (supuestamente lícitos) solo se puede tener en cuenta, en su caso, a los efectos de obtener una exención con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 3.

36. A la vista de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la primera cuestión prejudicial que una misma conducta de una empresa puede infringir el artículo 101 TFUE, apartado 1, por tener tanto el objeto como el efecto de restringir el juego de la competencia en el mercado interior.

13 Reglamento del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE] (DO 2003, L 1, p. 1). El subrayado es mío.

14 Véase la sentencia Maxima Latvija, apartado 18, y jurisprudencia citada. El subrayado es mío.

15 Sentencia de 15 de julio de 1994, Matra Hachette/Comisión (T-17/93, EU:T:1994:89), apartado 85.

16 Sentencia de 20 de noviembre de 2008 (C-209/07, EU:C:2008:643).

B. Segunda cuestión prejudicial

37. Con su segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que un acuerdo como el Acuerdo TIM constituye una restricción de la competencia por el objeto.

38. Yo no creo que el Tribunal de Justicia pueda responder a esta cuestión tal cual está formulada. En el marco del presente procedimiento, cualquier valoración sobre el fondo necesariamente se ha de basar en la información (relativamente escasa) sobre el Acuerdo TIM y sobre los mercados de referencia que se ha adjuntado a la petición de decisión prejudicial o que se puede deducir de las observaciones de las partes. Sin embargo, analizar el carácter restrictivo de la competencia (por el objeto o por el efecto) de un acuerdo, en la mayor parte de los casos, no es tarea fácil. Requiere una buena comprensión de la relación contractual entre las partes del acuerdo y un conocimiento profundo del mercado en que este se aplica.

39. En los casos que llegan al Tribunal de Justicia mediante el procedimiento prejudicial, inevitablemente solo el órgano jurisdiccional remitente posee dicha información y conocimientos. Por lo tanto, en lugar de intentar lo que sería una revisión indirecta de una resolución administrativa (nacional), algo que queda fuera de las competencias del Tribunal de Justicia,[17] solo puedo limitarme a proponer una cierta orientación y criterios para que el órgano jurisdiccional remitente lleve a cabo tal revisión, a la luz de la información disponible.

1. Sobre la noción de restricciones «por el objeto»

40. Tal como ha subrayado el Tribunal de Justicia en reciente jurisprudencia, el concepto de restricción de la competencia «por el objeto» debe interpretarse *de manera restrictiva* y solo puede aplicarse a ciertos tipos de coordinación entre empresas que revelen un *grado de nocividad* para la competencia *suficiente* para que se pueda considerar innecesario el examen de sus efectos.[18] Esa postura se justifica por la circunstancia de que determinadas formas de coordinación entre empresas pueden considerarse, *por su propia naturaleza*, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia, pues normalmente producen resultados económicos ineficientes y reducen el bienestar de los consumidores.[19]

41. De la jurisprudencia se deduce que, para considerar un acuerdo contrario a la competencia *por el objeto*, la autoridad de defensa de la competencia debe llevar a cabo un análisis *en dos fases*.

42. En la *primera fase*, la autoridad se centra principalmente en el contenido de las disposiciones del acuerdo y en sus objetivos.[20] Con esto se pretende, ante todo, dilucidar si el acuerdo en cuestión está comprendido en la categoría de acuerdos cuyo carácter perjudicial, según la experiencia, esté comúnmente aceptado y sea fácilmente detectable.[21] A este respecto, puede entenderse que esa experiencia es «la derivada tradicionalmente del análisis económico, confirmada por las autoridades de la competencia, y ratificada en su caso por la jurisprudencia».[22]

17 Véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2013, Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 29.

18 Véanse, en este sentido, las sentencias CB, apartado 58, y Maxima Latvija, apartado 18.

19 Sentencia CB, apartado 50 y jurisprudencia citada.

20 Véase, en este sentido, la sentencia de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610), apartado 58 y jurisprudencia citada.

21 Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en el asunto CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), punto 56, y la sentencia del Tribunal de la AELC de 22 de diciembre de 2016, asunto E-3/16, Ski Taxi SA y otros [2016] EFTA Ct. Rep. 1002, apartado 61.

22 Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en el asunto CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), punto 79.

43. En una *segunda fase*, la autoridad debe comprobar que el presunto carácter contrario a la competencia del acuerdo, determinado conforme a una valoración meramente formal, no queda desvirtuado por consideraciones relativas al contexto jurídico y económico en que se aplica el acuerdo. A tal fin, se debe considerar también la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura de los mercados pertinentes. [23] Por otro lado, aunque la intención de las partes no es un factor decisivo para determinar si un acuerdo entre empresas es restrictivo, sí puede ser tenido en cuenta cuando sea oportuno. [24]

44. Es el alcance y profundidad de este segundo paso lo que, en opinión del órgano jurisdiccional remitente, necesita aclaración. Yo entiendo sus dudas: ¿no es dicho análisis una comprobación *de facto* de los efectos del acuerdo en cuestión? ¿Dónde termina la segunda fase del análisis referido al objeto y comienza el análisis referido al efecto? En particular, ¿puede hacerse realmente tal distinción en un caso en que, según parece, la autoridad nacional de defensa de la competencia ha realizado ambos tipos de análisis en la misma resolución?

45. En primer lugar, ¿*por qué* es necesario análisis alguno del contexto jurídico y económico cuando un acuerdo parece constituir una restricción por el objeto? La razón es que una valoración estrictamente formal de un acuerdo, al margen totalmente de la realidad, podría llevar a condenar acuerdos inocuos o favorables a la competencia. No habría ninguna justificación jurídica ni económica para prohibir un acuerdo que, pese a formar parte de una categoría de acuerdos normalmente considerados contrarios a la competencia, debido a ciertas circunstancias concretas fuera totalmente incapaz de producir efecto nocivo alguno en el mercado, o que incluso fuera favorable a la competencia. [25]

46. Por este motivo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia siempre ha sido coherente a este respecto: la valoración de una práctica en virtud del Derecho de la competencia de la Unión Europea no puede ser llevada a cabo en abstracto, sino que requiere un examen de la práctica a la luz de las circunstancias jurídicas y económicas imperantes en los mercados afectados. La importancia de este principio queda confirmada por el hecho de que ha sido declarado válido tanto con respecto al artículo 101 TFUE, apartado 1, [26] como con respecto al artículo 102 TFUE. [27] Ni siquiera al tratar las formas de conducta como la fijación de precios, el reparto de mercados o las prohibiciones de exportación, que por lo general se consideran especialmente dañinas para la competencia, puede desatenderse totalmente el contexto económico y jurídico. [28]

47. Sobre una observación similar, en el asunto Toshiba el Tribunal de Justicia declaró que, en relación con unos acuerdos presuntamente contrarios a la competencia por su objeto, «el análisis del contexto económico y jurídico en el que se inserta la práctica puede *limitarse a lo que se manifieste estrictamente necesario* para concluir que existe una restricción de la competencia por el objeto». [29] ¿Qué significa esto en la práctica?

23 Véase la sentencia de 26 de septiembre de 2018, Infineon Technologies/Comisión (C-99/17 P, EU:C:2018:773), apartado 156 y jurisprudencia citada.

24 Véanse, en particular, las sentencias de 14 de marzo de 2013, Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), apartados 36 y 37, y de 19 de marzo de 2015, Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión (C-286/13 P, EU:C:2015:184), apartados 117 y 118.

25 Véase un análisis pormenorizado en Ibáñez Colomo, P. y Lamadrid, A., «On the Notion of Restriction of Competition: What We Know and What We Don't Know We Know», en Gerard, D., Merola, M., y Meyring, B. (eds.), *The Notion of Restriction of Competition: Revisiting the Foundations of Antitrust Enforcement in Europe*, Bruylant, Bruselas, 2017, pp. 336 a 339.

26 Véanse, entre otras muchas, las sentencias de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, EU:C:1966:38), p. 250, y de 15 de diciembre de 1994, DLG (C-250/92, EU:C:1994:413), apartado 32.

27 Véanse, en este sentido, las sentencias de 9 de noviembre de 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión (322/81, EU:C:1983:313), apartado 57; de 6 de octubre de 2015, Post Danmark (C-23/14, EU:C:2015:651), apartado 29, y de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión (C-413/14 P, EU:C:2017:632), apartados 138 a 147.

28 Véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de abril de 1988, Erauw-Jacquery (27/87, EU:C:1988:183), apartados 8 a 20; de 22 de junio de 1994, IHT Internationale Heiztechnik y Danzinger (C-9/93, EU:C:1994:261), apartado 59, y de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros (C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631), apartados 136 y 143.

29 Sentencia de 20 de enero de 2016, Toshiba Corporation/Comisión (C-373/14 P, EU:C:2016:26), apartado 29. El subrayado es mío.

48. A mi entender, significa que la autoridad de defensa de la competencia que aplique el artículo 101 TFUE, apartado 1, debe comprobar, a la luz de los elementos que obren en los autos, que no se dan *circunstancias concretas* que puedan arrojar alguna duda sobre la presunta naturaleza dañina del acuerdo. Si la experiencia nos dice que el acuerdo en cuestión pertenece a una categoría de acuerdos que, la mayor parte de las veces, son perjudiciales para la competencia, parece innecesario un análisis detallado del impacto de dicho acuerdo en los mercados afectados. Basta con que la autoridad verifique que dichos mercados y el acuerdo no presentan características especiales que puedan hacer del caso una excepción a la regla basada en la experiencia. Por infrecuente que pueda ser, no se debe despreciar la posibilidad de que un acuerdo realmente pueda presentar tales características, a no ser que se tenga en cuenta el entorno real en que se desarrolle el acuerdo. Por ejemplo, si la competencia en un determinado mercado no es posible y no existe, no hay competencia que pueda sufrir restricciones.

49. Por lo tanto, la segunda fase constituye un *examen básico de la realidad*. Simplemente se exige a la autoridad de defensa de la competencia que compruebe, con carácter ciertamente general, si se dan circunstancias jurídicas o de hecho que impidan al acuerdo o a la práctica en cuestión restringir la competencia. No hay ningún tipo común de análisis ni un grado establecido de profundidad y minuciosidad que deban seguir las autoridades al llevar a cabo tal comprobación. La complejidad del análisis que se les exige para considerar que un acuerdo es contrario a la competencia «por el objeto» depende de todas las circunstancias relevantes del caso. Es imposible (al menos, para mí) trazar, en términos abstractos, una línea clara de separación entre (la segunda fase de) un análisis del objeto y un análisis de los efectos.

50. Por lo tanto, como ya he expuesto, la diferencia entre ellos es más cuantitativa que cualitativa. No obstante, queda claro que, si los elementos a los que atiende la autoridad al apreciar el contexto jurídico y económico de un acuerdo presuntamente restrictivo de la competencia «por el objeto» apuntan en direcciones diversas, resulta necesario un análisis de sus efectos. En tal caso, tal como sucede siempre que un acuerdo no se considera contrario a la competencia por el objeto, debe llevarse a cabo un examen minucioso de los efectos con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 1, a fin de determinar las repercusiones que dicho acuerdo puede tener en la competencia en el mercado de que se trate. En esencia, la autoridad debe comparar la estructura competitiva que se da en el mercado a raíz del acuerdo en cuestión y la que existiría en ausencia de dicho acuerdo.[30] Por lo tanto, el análisis no se debe detener en la mera *capacidad* del acuerdo de afectar negativamente a la competencia en el mercado pertinente,[31] sino que debe determinar si sus *efectos netos* en el mercado son positivos o negativos.

51. Dicho simple y metafóricamente: si parece un pez y huele como un pez, se puede presumir que es un pez. A no ser que, a primera vista, se detecte algo extraño en este pez particular, como, por ejemplo, que no tenga aletas, que flote en el aire o que huela a lirios, no es preciso diseccionarlo con detalle para calificarlo como pez. En cambio, si el pez presenta algo fuera de lo normal, quizá pueda seguir calificándose como pez, pero no sin antes efectuar un examen detallado de la criatura.

2. ¿Es el Acuerdo TIM una restricción por el objeto?

52. La ODC, apoyada por el Gobierno húngaro y la Comisión, considera que el Acuerdo TIM es, de por sí, contrario a la competencia, algo que niegan los demandantes en el procedimiento principal.

30 Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas en el asunto MasterCard y otros/Comisión (C-382/12 P, EU:C:2014:42), punto 52.

31 Véase la sentencia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros (C-8/08, EU:C:2009:343), apartado 31.

53. Tal como he señalado en el punto 9 de las presentes conclusiones, el Acuerdo TIM básicamente introdujo un importe uniforme de la TI, la comisión que los bancos adquirentes pagan a los bancos emisores cuando se produce una operación con tarjeta de crédito. Por lo tanto, como acertadamente apunta el órgano jurisdiccional remitente, tal acuerdo no es ni un típico pacto horizontal de fijación de precios ni, añadiría yo, nada que pueda calificarse simplemente como acuerdo vertical de mantenimiento de los precios minoristas. El Acuerdo TIM no establece unos precios de compraventa para los consumidores finales, sino que simplemente «unifica» un aspecto de la estructura de costes de algunos servicios puestos en marcha con el uso de las tarjetas de crédito como medio de pago.

54. Así pues, podría haberse esperado que las partes partidarias de apreciar una restricción «por el objeto» entrasen a valorar, en particular, los siguientes aspectos. Con carácter preliminar, la conducta supuestamente restrictiva de la competencia por su objeto debería haber sido definida sin ambigüedad y deberían haber sido explicados sus elementos clave (los responsables, los mercados afectados, la naturaleza de la conducta y el marco temporal) [letra a)]. A continuación, debería haberse valorado el Acuerdo TIM a la luz de dicho marco analítico: primero, exponiendo un acervo sólido y fiable de experiencia que muestre el carácter intrínsecamente contrario a la competencia de la conducta [letra b)] y, segundo, exponiendo por qué el contexto jurídico y económico del acuerdo no desvirtúa su carácter presuntamente contrario a la competencia [letra c)].

55. Acto seguido, voy a profundizar brevemente en cada uno de estos puntos, teniendo en cuenta los elementos sobre los que se ha llamado la atención del Tribunal de Justicia durante el presente procedimiento, subrayando al mismo tiempo que no le corresponde al Tribunal de Justicia efectuar un control jurisdiccional de una resolución administrativa nacional. Por lo tanto, será tarea del órgano jurisdiccional remitente comprobar que la ODC cumplió con su carga de la prueba en la resolución impugnada.

a) ¿Estaba claramente definida y explicada la presunta infracción?

56. La conclusión de que una determinada práctica constituye una restricción por el objeto solo puede estar justificada si la presunta infracción manifiesta está claramente definida. Sin embargo, la falta de precisión que a este respecto existe en el presente asunto, según se desprende de las propias observaciones escritas, quedó aún más patente en la vista oral, donde cada una de las partes que alegaron a favor de una restricción «por el objeto» pareció basarse en fundamentos un tanto diferentes. En particular, cuando se les pidió que explicaran, sin ambigüedad, el tipo de perjuicio competitivo que probablemente se derive de acuerdos como el Acuerdo TIM, sus argumentos «saltaron» de un mercado a otro y de un tipo de perjuicio a otro, sin la necesaria claridad y precisión.

57. Al menos se mencionaron tres mercados que podrían haberse visto afectados por la presunta infracción: el de servicios interbancarios relativos a operaciones con tarjeta de crédito (a las cuales se refería directamente el Acuerdo TIM); el mercado (en parte, situado en una posición inferior de la cadena de suministro) de servicios a comerciantes relativos a operaciones con tarjeta de crédito (que pareció merecer mayor atención de la ODC), y el mercado (efectivamente, situado en una posición superior de la cadena de suministro) de proveedores de tarjetas de crédito (en el que se centró claramente la Comisión). Estos tres mercados están claramente interconectados, y su interacción no se puede pasar por alto. [32]

58. Con respecto al primer mercado, ciertamente el Acuerdo TIM introdujo un elemento de fijación de precios. Sin embargo, los efectos nocivos para la competencia aludidos por la ODC y la Comisión no se materializan en ese mercado. Antes bien, la ODC y la Comisión señalan efectos adversos en los otros dos mercados.

32 Véase, en sentido similar, la sentencia CB, apartado 79 y jurisprudencia citada.

59. Empezando por el mercado de servicios prestados a *comerciantes* relativos a operaciones con tarjeta de crédito, la ODC y la Comisión consideran que, en la práctica, la TI funcionaba como un precio mínimo recomendado. De hecho, los bancos adquirentes difícilmente cobrarían a los comerciantes una TDC inferior a la TI pagada al banco emisor, pues con ello habrían perdido dinero. Desde esta perspectiva, ciertamente es posible un cierto grado de restricción de la competencia: en la práctica, la TIM pactada puede limitar los incentivos para que los bancos compitan por los comerciantes reduciendo la TDC. De igual manera, por lo que respecta al mercado de *proveedores de tarjetas de crédito*, y en la medida en que la TIM afectaba tanto a MasterCard como a Visa, no se puede descartar que fuera capaz de neutralizar un elemento de competencia en los precios entre dichas compañías.

60. Sin embargo, no tengo claro que las interacciones entre estos mercados hayan sido debidamente explicadas. Un análisis por el objeto puede satisfacer la obligación de la autoridad de defensa de la competencia de demostrar el carácter contrario a la competencia de una determinada conducta, pero no la exonera de su deber de definir claramente la naturaleza del perjuicio alegado. Y, lo que es más importante, las opiniones expresadas sobre las interacciones entre los referidos mercados parecen basarse en una serie de presunciones, algunas de las cuales han sido firmemente rebatidas por los demandantes en el procedimiento principal. Sin duda, es posible que el Acuerdo TIM produzca efectos adversos, pero ¿son tan claramente identificables y tan probables dichos efectos adversos como para que el acuerdo sea considerado restrictivo «por el objeto»?

61. Había numerosos operadores de distinto tipo activos en diversos mercados entrelazados, y la interacción y los efectos cruzados entre dichos mercados no parecen del todo evidentes. Aparte de esta complejidad en cuanto al *quién*, al *qué* y al *dónde*, está el aspecto temporal. El Acuerdo TIM estuvo en vigor más de doce años. Dudo mucho que las condiciones de los mercados relevantes en Hungría permaneciesen prácticamente inalteradas durante tanto tiempo. No en vano, cabe suponer (y muchos de los bancos participantes podrían verse como una prueba de tal evolución) que entre 1996 y 2008 el mercado de servicios de tarjetas de crédito en Hungría, al igual que en el resto de Europa, sufrió cambios sustanciales. Por lo tanto, lo que pudo ser útil o incluso necesario en un determinado momento para conseguir un objetivo favorable a la competencia, como es la creación efectiva de un mercado, pudo dejar de serlo cuando cambiaron sustancialmente las condiciones de competencia en el mercado. De ser correcta esta hipótesis, podría significar que no se puede contemplar todo el período exactamente desde un mismo prisma y con la misma claridad a efectos de valorar si se dio una restricción de la competencia por el objeto.

62. En conclusión, con esta mayor complejidad en cuanto al número de operadores activos en diversos mercados a lo largo de un período de tiempo prolongado, se hace mayor la necesidad de claridad y precisión en la definición, sobre todo si lo que se alega es la existencia de una restricción de la competencia por el objeto: quién se supone que hizo exactamente qué en qué mercado o mercados y con qué consecuencias. Además, cuantas más variables se incluyan en la ecuación en términos de complejidad estructural, menos probable será, en general, poder extraer una conclusión a favor de una clara restricción por el objeto.

b) ¿Existe un acervo sólido y fiable de experiencia en relación con acuerdos como el controvertido?

63. A continuación, habida cuenta especialmente de la complejidad de los hechos de los que se trata en el procedimiento principal, yo habría esperado que las partes que abogan por una restricción por el objeto presentasen un acervo sólido y fiable de experiencia que demostrase que los acuerdos como el Acuerdo TIM normalmente se consideran intrínsecamente contrarios a la competencia. ¿Existe una práctica relativamente extendida y coherente por parte de las autoridades europeas de defensa de la competencia y/o de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que respalde la opinión de que acuerdos como el aquí controvertido son, *en general*, perjudiciales para la competencia?

64. Al ser preguntada en la vista, la ODC afirmó que básicamente atendió (solo) a la práctica de la Comisión. Por su parte, la Comisión declaró que el carácter intrínsecamente contrario a la competencia de acuerdos como el Acuerdo TIM se deduce de las sentencias de los tribunales de la Unión Europea en el asunto MasterCard. [33]

65. Yo no tengo claro si esto constituye el acervo sólido y fiable de experiencia requerido para fundamentar la conclusión de que una determinada forma de conducta es clara y generalmente contraria a la competencia.

66. Por lo que respecta a la práctica de la Comisión, debo señalar que en 2002 la Comisión concedió exenciones, en virtud del (actual) artículo 101 TFUE, apartado 3, a ciertos acuerdos que establecían una TI multilateral. [34] En su opinión, dichos acuerdos eran restrictivos por su efecto (y no por su objeto), pero contribuían al progreso técnico y económico, ya que fomentaban un sistema de pagos internacional y a gran escala, con externalidades de red positivas. En su decisión de 19 de diciembre de 2007, la Comisión decidió que determinadas decisiones que establecían una «TI por defecto» multilateral constituían una restricción por el efecto, sin pronunciarse acerca de si tales acuerdos eran también contrarios a la competencia por el objeto. [35] Posteriormente, el 22 de enero de 2019 la Comisión consideró que algunas reglas de adquisición transfronteriza aplicadas por MasterCard, en particular con respecto a la TI interregional, constituían una restricción por el objeto. [36] Por no mencionar las decisiones de 2010, 2014 y 2019, en que la Comisión admitió compromisos ofrecidos por las compañías de tarjetas de crédito de limitar o reducir el importe de ciertas clases de TI. [37] Por supuesto las decisiones sobre los compromisos no implicaban ninguna apreciación formal de infracción del Derecho de la competencia.

67. Por lo tanto, no parece que la práctica de la Comisión pueda calificarse de uniforme. Esto no es ningún reproche, sino un reconocimiento del hecho de que la propia percepción de la Comisión de esta categoría de acuerdos parece haber ido progresando gradualmente, gracias a la experiencia adquirida en esos mismos asuntos. A fin de cuentas, es evidente que el concepto de «experiencia» implica una evolución a lo largo del tiempo, merced a los conocimientos y experiencias que van acumulando las autoridades administrativas y judiciales competentes, a la creación de instrumentos de análisis más complejos y al desarrollo del pensamiento económico.

68. No obstante, aun dejando aparte el muy discutido elemento temporal, [38] yo sería prudente en cuanto a la conclusión de que un puñado de decisiones administrativas (especialmente, si han sido adoptadas por una única autoridad y han ido cambiando con el tiempo), relativas a formas de coordinación similares, constituyen base suficiente para presumir que todo acuerdo comparable a ellas es ilícito.

69. Además, la práctica de otras autoridades nacionales de defensa de la competencia que puedan haber examinado acuerdos similares al analizado por la ODC sin duda habría sido relevante, si existiera.

33 Sentencias de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión (C-382/12 P, EU:C:2014:2201), y de 24 de mayo de 2012, MasterCard y otros/Comisión (T-111/08, EU:T:2012:260).

34 Decisión de la Comisión de 24 de julio de 2002 (asunto COMP/29.373 — Visa Internacional — Tasa multilateral de intercambio).

35 Decisión de la Comisión de 19 de diciembre de 2007 (Asunto COMP/34.579 — MasterCard, Asunto COMP/36.518 — EuroCommerce, Asunto COMP/38.580 — Tarjetas comerciales). A título aclaratorio, una «TI por defecto» es la TI que se aplica por defecto, en ausencia de acuerdo bilateral entre el banco adquirente y el banco emisor, o una TI establecida colectivamente a escala nacional.

36 Decisión de la Comisión de 22 de enero de 2019, (asunto COMP/AT.40049 — MasterCard II).

37 Véanse las Decisiones de la Comisión de 8 de diciembre de 2010 (asunto COMP/39.398 — Visa MIF), de 26 de febrero de 2014 (asunto COMP/39398 — Visa MIF), y de 29 de abril de 2019 (asunto COMP/AT.39398 — Visa MIF).

38 Por lo tanto, dejando aparte el argumento de los demandantes en el procedimiento principal en relación con una presunta infracción del principio de seguridad jurídica debido a que el carácter contrario a la competencia de un acuerdo como el Acuerdo TIM no era ni mucho menos evidente *en 2008*.

70. En cuanto a la jurisprudencia, también es importante comprobar si los tribunales de la Unión Europea y de los Estados miembros [39] que se han ocupado de este tipo de acuerdos han adoptado una postura coherente al respecto. [40]

71. A este respecto, la mencionada Decisión de la Comisión de 2007 fue, de hecho, confirmada primero por el Tribunal General y después por el Tribunal de Justicia. [41] No obstante, por lo que atañe al presente asunto, la cuestión clave es si dichas sentencias dan a entender que la infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, apreciada por la Comisión era tan manifiesta que podría haber sido declarada sin un análisis exhaustivo de los efectos. Mi impresión es que, dada la extensión y detalle de los argumentos formulados por los tribunales de la Unión Europea para desestimar las pretensiones de los demandantes, no se puede afirmar que dichas sentencias confirmen ninguna de las dos posturas.

72. Por último, me sorprende en cierta manera que en las alegaciones de las partes que abogan por una restricción «por el objeto» no haya rastro de estudios ni informes elaborados por autores independientes y basados en métodos, principios y normas reconocidos por la comunidad económica internacional, que corroboren su opinión. En efecto, para mí sería de vital importancia que existiera un consenso suficiente entre los economistas en cuanto a que acuerdos como el aquí controvertido son intrínsecamente contrarios a la competencia. No en vano, el concepto de restricción de la competencia es, ante todo, un concepto económico.

73. Por lo tanto, el acervo de experiencia en que se basa el argumento formulado ante el Tribunal de Justicia de que acuerdos como el controvertido en el procedimiento principal son, por su propia naturaleza, perjudiciales para la competencia resulta ciertamente magro. En cualquier caso, será tarea del órgano jurisdiccional remitente examinar este aspecto en detalle, teniendo en cuenta los argumentos y la documentación en que se basó la resolución administrativa de que se trata.

c) ¿Se opone el contexto jurídico y económico del Acuerdo TIM a su presunto carácter contrario a la competencia?

74. Si convenciese al órgano jurisdiccional remitente el análisis de la ODC según el cual el Acuerdo TIM está comprendido en la categoría de acuerdos que se consideran por lo general contrarios a la competencia, el segundo paso de su análisis habría de ser comprobar la solidez de tal conclusión preliminar centrando la atención en el contexto jurídico y económico en que se aplicó el acuerdo. ¿Hay algún aspecto concreto, en el Acuerdo TIM o en los mercados afectados, que pueda arrojar dudas sobre su efecto nocivo para la competencia? Así pues, ¿puede desvirtuarse, *en principio*, según el contexto del caso concreto, el carácter generalmente perjudicial de tal acuerdo?

75. Los demandantes en el procedimiento principal alegan que el Acuerdo TIM no tenía ningún objeto contrario a la competencia o, en cualquier caso, también tenía efectos favorables a la competencia.

76. En primer lugar, dichas partes dan una explicación alternativa del fundamento económico del Acuerdo TIM: afirman que la unificación de la TI era necesaria para asegurar el buen funcionamiento del sistema, dado que en Hungría el sistema de tarjetas de crédito aún estaba poco desarrollado cuando se celebró el Acuerdo TIM. Por lo tanto, en su opinión, el acuerdo contribuyó a establecer y expandir el mercado de tarjetas de crédito en Hungría. En segundo lugar, alegan que el Acuerdo TIM también

39 O, por lo que aquí respecta, también las posibles autoridades y tribunales de fuera de la Unión Europea que apliquen normas de defensa de la competencia similares.

40 A título aclaratorio, deseo recalcar que a lo que se refiere el plano «horizontal» de intercambio de conocimiento (en que una autoridad nacional de defensa de la competencia tiene en cuenta las decisiones de otras autoridades nacionales homólogas o de los tribunales de otros Estados miembros) no es en absoluto una obligación tipo «CILFIT» que incumba a los tribunales de última instancia a efectos del artículo 267 TFUE, párrafo tercero (véase la sentencia de 6 de octubre de 1982, CILFIT y otros, 283/81, EU:C:1982:335, apartado 16), sino que se refiere a las posibles fuentes de conocimiento que pueden apuntalar la idea de que un determinado tipo de acuerdo claramente constituye una restricción por el objeto.

41 Véase la nota 33 de las presentes conclusiones.

pretendía limitar la tendencia del mercado hacia una TI cada vez más alta. Aducen que respalda este argumento la sentencia del Tribunal General en el asunto MasterCard, [42] así como el hecho de que en muchos ordenamientos jurídicos (por ejemplo, la propia Hungría y la Unión Europea [43]) el legislador intervino para limitar el importe de la TI.

77. Creo que no es posible, en el marco del presente procedimiento, adoptar una postura firme acerca de la solidez *prima facie* de dichos argumentos. La información que contiene la jurisprudencia es simplemente insuficiente a este respecto.

78. Le incumbe al órgano jurisdiccional remitente examinar estas alegaciones para verificar si son lo suficientemente verosímiles como para merecer un examen más detenido. Si el órgano jurisdiccional remitente llega a la conclusión de que el Acuerdo TIM pudo razonablemente tener algún efecto favorable a la competencia y que tales efectos no quedaron claramente superados por otros, y más profundos, efectos contrarios a la competencia, no podrá calificarse dicho acuerdo como restrictivo de la competencia por su objeto. En tal caso, solo se podrá apreciar una infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, tras un análisis de los efectos del acuerdo.

79. Por lo tanto, el criterio ha de ser el de una hipótesis en sentido contrario que en principio no sea inverosímil y que, en las circunstancias del caso concreto, desvirtúe la convicción convencional general. A este respecto, son dos los elementos esenciales: por un lado, la explicación en sentido contrario debe parecer lo suficientemente factible, a primera vista, como para merecer un examen más profundo. Por otro, sin embargo, el criterio es que exista una hipótesis contraria razonable, sin necesidad de que esté totalmente fundada, argumentada y probada: esto corresponde al análisis minucioso de los efectos.

80. A este respecto cabe añadir que el Tribunal de Justicia ha reconocido desde hace tiempo que los acuerdos que persiguen un «objetivo legítimo» no están necesariamente comprendidos en el artículo 101 TFUE, apartado 1. [44] Esto significa que los acuerdos que presentan efectos tanto favorables como contrarios a la competencia solo están sujetos a la prohibición de dicho artículo si prevalecen los efectos contrarios. [45] Por ejemplo, una reducción de la competencia en los precios puede ser aceptable si sirve para incrementar la competencia en factores distintos del precio. [46] En general, los acuerdos que, pese a limitar la libertad de actuación de las partes, persiguen la finalidad, por ejemplo, de abrir un mercado o crear uno nuevo, o de permitir el acceso al mercado a nuevos competidores, pueden ser favorables a la competencia. [47] De igual manera, conforme a reiterada jurisprudencia, restricciones que están directamente relacionadas con la operación principal y que son necesarias para su funcionamiento, lo cual en principio no es contrario a la competencia, no constituyen restricciones a la competencia en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1. [48]

42 Véase también la sentencia de 24 de mayo de 2012, MasterCard y otros/Comisión (T-111/08, EU:T:2012:260), apartado 137.

43 Véanse, respectivamente, el artículo 141 de la Ley n.º CXLIII de 2013, que modifica diferentes leyes en el contexto de la Ley del Banco Nacional de Hungría e introduce modificaciones a otros efectos, y el Reglamento (UE) 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, sobre las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta (DO 2015, L 123, p. 1).

44 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 13 de octubre de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), apartado 40, y CB, apartado 75.

45 Véase, en ese sentido, la sentencia de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax y Administración del Estado (C-238/05, EU:C:2006:734), apartados 46 a 63.

46 Véase la sentencia de 13 de octubre de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649), apartado 40.

47 Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Trstenjak presentadas en el asunto Beef Industry Development Society y Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:467), punto 53 y jurisprudencia citada.

48 En este sentido véanse, por ejemplo, las sentencias de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión (2/84, EU:C:1985:327), apartados 19 y 20; de 28 de enero de 1986, Pronuptia de Paris (161/84, EU:C:1986:41), apartados 15 a 17, y de 11 de septiembre de 2014, MasterCard y otros/Comisión (C-382/12 P, EU:C:2014:2201), apartado 89.

81. Por lo tanto, siempre que un acuerdo parezca tener efectos ambivalentes en el mercado es necesario un análisis de los efectos.[49] Dicho de otra manera, cuando en un acuerdo no se puede descartar una posible motivación económica favorable a la competencia sin atender a los efectos reales en el mercado, dicho acuerdo no se puede calificar de restrictivo «por el objeto».[50] Por lo tanto, no estoy de acuerdo con la Comisión en que todo efecto legítimo y favorable a la competencia del Acuerdo TIM solo puede considerarse con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 3, con miras a una posible exención. Al margen de cualquier afirmación sobre el Acuerdo TIM en particular, no resulta del todo convincente, en general, una interpretación del artículo 101 TFUE conforme a la cual un acuerdo que sea, en conjunto, favorable a la competencia en principio está prohibido por el artículo 101 TFUE, apartado 1, pero puede ser objeto de exención inmediatamente con arreglo al apartado 3 del mismo artículo.

82. En consecuencia, le corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el Acuerdo TIM constituye una restricción por el objeto. A tal fin, debe examinar, en primer lugar, el contenido y la finalidad del acuerdo, para determinar si está comprendido en alguna categoría de acuerdos que, según la experiencia, se consideren comúnmente como nocivos para la competencia. Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, el órgano jurisdiccional remitente debe examinar entonces si puede haber consideraciones relativas al contexto jurídico y económico en que se aplique el acuerdo que desvirtúen dicha conclusión. En particular, debe comprobar si, en principio, es verosímil alguna explicación alternativa que aluda a una motivación supuestamente favorable a la competencia en el Acuerdo TIM, teniendo en cuenta también el período en que este estuvo en vigor.

C. Cuarta cuestión prejudicial

83. Con su cuarta cuestión prejudicial, que procede examinar a continuación, el órgano jurisdiccional remitente desea saber si, al apreciar una infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, la autoridad de defensa de la competencia está obligada a indicar expresamente si la conducta de la empresa constituye un acuerdo o una práctica concertada.

84. Yo estoy de acuerdo con la ODC, el Gobierno húngaro, la Comisión y la OVA en que procede responder negativamente a esta cuestión.

85. En la sentencia Anic Partecipazioni, el Tribunal de Justicia aclaró que los conceptos de «acuerdo» y de «práctica concertada» del artículo 101 TFUE, apartado 1, «recogen formas de colusión que comparten la misma naturaleza y que solo se distinguen por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan». Por lo tanto, aunque contienen elementos constitutivos parcialmente diferentes, «no son recíprocamente incompatibles». El Tribunal de Justicia reconoció expresamente que las infracciones del artículo 101 TFUE, apartado 1, a menudo comprenden «diferentes formas de conducta [que] pueden responder a definiciones diferentes, pero todas contempladas en la misma disposición y todas igualmente prohibidas». Partiendo de estas premisas, el Tribunal de Justicia consideró que las autoridades de defensa de la competencia *no están obligadas* a clasificar una determinada forma de conducta bien como acuerdo, bien como práctica concertada.[51] Este principio ha sido constantemente confirmado en la jurisprudencia posterior.[52]

49 Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Wahl presentadas en el asunto CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), punto 56.

50 Véanse, en este sentido, las sentencias CB, apartados 80 a 87, y Maxima Latvija, apartados 22 a 24.

51 Sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356), apartados 131 a 133.

52 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 9 de diciembre de 2014, SP/Comisión (T-472/09 y T-55/10, EU:T:2014:1040), apartado 159, y de 16 de junio de 2015, FSL y otros/Comisión (T-655/11, EU:C:2015:383), apartado 419.

86. De hecho, en muchos casos no sería razonable ni necesario que la autoridad de defensa de la competencia intentase clasificar una determinada forma de comportamiento como acuerdo o como práctica concertada. En efecto, ambos conceptos se solapan en cierta medida, lo que con frecuencia impide discernir cuándo termina un acuerdo y empieza una práctica concertada. Además, la experiencia demuestra que las infracciones evolucionan con el tiempo. Pueden comenzar de una forma y progresivamente ir asumiendo las características de otra. [53]

87. Este es también el motivo por el cual el Tribunal de Justicia ha afirmado que, al margen de la calificación jurídica de una forma de conducta como «práctica concertada», «acuerdo» o «decisión de asociación de empresas», el análisis jurídico que se ha de efectuar con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 1, es el mismo. [54] A efectos del presente asunto, puede ser oportuno señalar que no solo un acuerdo, sino también una práctica concertada puede considerarse contraria a la competencia por el objeto. [55]

88. Obviamente, esto no significa que la autoridad de defensa de la competencia no esté obligada a demostrar, con el grado de seguridad exigido, que la conducta presuntamente contraria a la competencia en forma de «acuerdo y/o práctica concertada» reúne las condiciones para ser considerada como tal. [56]

89. Obviamente, las empresas a las que se imputa haber participado en la infracción tienen la posibilidad de rebatir, para cada uno de los comportamientos, la calificación o calificaciones adoptadas por la autoridad de defensa de la competencia, demostrando que esta no probó debidamente los elementos constitutivos de las diferentes formas de infracción alegadas. [57]

90. En vista de las consideraciones que preceden, considero que, cuando aprecia la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, la autoridad de defensa de la competencia no está obligada a clasificar una determinada forma de conducta como acuerdo o como práctica concertada, siempre que pruebe debidamente los elementos constitutivos de las diferentes formas de infracción alegadas.

D. Tercera cuestión prejudicial

91. Con su tercera cuestión prejudicial, que voy a examinar en último lugar, el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia si, en una situación como la del procedimiento principal, en que las compañías de tarjetas de crédito no participaron directamente en la definición del contenido del acuerdo, pero facilitaron su celebración, lo aceptaron y lo aplicaron, deben ser consideradas partes en dicho acuerdo o participantes en una práctica concertada a efectos del artículo 101 TFUE, apartado 1.

92. Como ya he expuesto en la sección anterior de las presentes conclusiones, las autoridades de defensa de la competencia normalmente no están obligadas a clasificar una conducta como acuerdo *o* como práctica concertada, cuando aprecien la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1.

53 Véase, por ejemplo, Faull, J. y Nikpay, A. (eds.), *The EU Law of Competition*, 3.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 225 y 226.

54 Sentencia de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax y Administración del Estado (C-238/05, EU:C:2006:734), apartado 32.

55 Véase, por ejemplo, la sentencia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros (C-8/08, EU:C:2009:343), especialmente los apartados 24 y 28 a 30.

56 Véase, en este sentido, la sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356), apartados 134 y 135.

57 Sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356), apartado 136.

93. Por lo tanto, en el presente asunto bastaría con que la forma de colusión o coordinación que se produjo entre las compañías de tarjetas de crédito y los bancos intervinientes en el Acuerdo TIM alcanzase el grado de gravedad necesario para ser considerada una «práctica concertada», para que las primeras pudieran ser consideradas responsables de la infracción alegada por la autoridad de defensa de la competencia.

94. Las partes debatieron ante el Tribunal de Justicia otros dos aspectos que merecen mayor análisis.

95. En primer lugar, el hecho de que las compañías de tarjetas de crédito operen en un mercado distinto de aquel en que se aplicó el acuerdo controvertido, ¿significa que dichas compañías no pueden ser consideradas responsables de la presunta infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1?

96. La respuesta a esta cuestión es claramente negativa. El principio que subyace al artículo 101 TFUE es que las empresas deben determinar de manera autónoma la política que pretende seguir en el mercado, sin involucrarse en forma alguna de contacto directo o indirecto que pueda afectar indebidamente a su libertad de actuación.[58] A tal fin, como ya he mencionado en el punto 23 de las presentes conclusiones, el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1, es ciertamente amplio, a fin de comprender todas las formas de colusión y coordinación que puedan derivar en tal resultado.

97. El concepto de «acuerdo» a efectos del artículo 101 TFUE, apartado 1, no se limita a los denominados «acuerdos horizontales» entre empresas que operen en el mismo mercado (y que, por tanto, entren en competencia, real o potencial, entre sí). En la jurisprudencia de los tribunales de la Unión Europea se pueden encontrar numerosos ejemplos de que acuerdos entre empresas que operaban en diferentes niveles de la cadena de producción o en mercados similares se declararon contrarios al artículo 101 TFUE, apartado 1.[59] Y esta misma lógica es válida también respecto a las prácticas concertadas.[60]

98. Estos principios han sido muy claramente confirmados, y hasta cierto punto desarrollados, en la reciente sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto AC-Treuhand,[61] que ha sido objeto de numerosas referencias en las observaciones de las partes. En la sentencia, el Tribunal de Justicia recalcó que ni del tenor ni de la *ratio* del artículo 101 TFUE, apartado 1, se deriva que su ámbito de aplicación se restrinja a las formas de colusión que generen una «limitación recíproca de la libertad de acción en un mismo mercado en el que operen todas las partes».[62] Asimismo, el Tribunal de Justicia recalcó que su jurisprudencia nunca ha limitado el alcance de dicha disposición a las empresas activas en el mercado afectado o en los mercados anteriores, posteriores o similares a dicho mercado.[63] La participación de una empresa en un acuerdo o práctica concertada puede vulnerar el artículo 101 TFUE, apartado 1, con independencia del tipo de actividad comercial que desarrolle y/o del mercado en el que opere, siempre que contribuya a restringir la competencia en algún mercado.[64]

58 Véase, en este sentido, la sentencia de 8 de julio de 1999, Hüls/Comisión (C-199/92 P, EU:C:1999:358), apartado 159 y jurisprudencia citada.

59 Véase, por ejemplo, la sentencia Consten y Grundig/Comisión (56/64 y 58/64, EU:C:1966:41). Más recientemente, véase la sentencia de 13 de octubre de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649).

60 Véase el punto 85 de las presentes conclusiones.

61 Sentencia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión (C-194/14 P, EU:C:2015:717).

62 Sentencia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión (C-194/14 P, EU:C:2015:717), apartado 33.

63 Sentencia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión (C-194/14 P, EU:C:2015:717), apartado 34.

64 Sentencia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión (C-194/14 P, EU:C:2015:717), apartado 35.

99. El asunto AC-Treuhand versaba sobre una empresa asesora que facilitaba ayuda a un cártel por medio de la prestación de servicios de carácter administrativo.[65] El Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que el propio objetivo de los servicios prestados por dicha empresa, sobre la base de los contratos de prestación de servicios celebrados con los participantes en el cártel, era la realización de los objetivos contrarios a la competencia de que allí se trataba. Así pues, la empresa contribuyó activamente a la puesta en marcha y el funcionamiento de un cártel con total conocimiento de la ilicitud de tal actividad.[66]

100. La cuestión, largamente discutida por las partes, de si la situación de las compañías de tarjetas de crédito puede reunir los requisitos establecidos en la sentencia AC-Treuhand en cuanto a la responsabilidad de un «facilitador» con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 1, no deja de ser una maniobra de distracción. La razón es clara. En el contexto fáctico y jurídico del presente asunto, las compañías de tarjetas de crédito no estaban en una situación comparable a la de AC-Treuhand, es decir, la de un mero «facilitador». Atendiendo a los hechos tal como han sido expuestos por el órgano jurisdiccional remitente, parecen ser mucho más que eso.

101. Según la información aportada por el órgano jurisdiccional remitente, las compañías de tarjetas de crédito no se limitaron a «facilitar» el acuerdo. Animaron a los bancos a llegar a un acuerdo y, aunque formalmente no estuvieron presentes en las negociaciones, sus intereses se vieron representados en ellas por uno de los bancos (Kereskedelmi és Hitelbank Zrt.). Además, incorporaron el acuerdo a sus normativas internas, estuvieron informadas de la celebración del acuerdo y lo observaron siempre, incluso respecto a los bancos que se unieron posteriormente a la red.

102. Además, a diferencia del caso de la sociedad AC-Treuhand, las compañías de tarjetas de crédito tenían un interés más directo e inmediato en que el acuerdo surtiese efecto. En efecto, no se trataba de meros prestadores de servicios contratados por los bancos para desempeñar determinadas tareas. MasterCard y Visa eran proveedores de las tarjetas de crédito cuya utilización constituía el objeto del Acuerdo TIM. Por lo tanto, no operaban en un mercado ajeno al mercado afectado por el Acuerdo TIM, sino en un mercado anterior directamente relacionado con él. El hecho de que aparentemente no perciban parte alguna de la TIM de forma directa no es óbice para su interés en la exitosa ejecución del Acuerdo TIM.

103. En consecuencia, considero que el presente asunto es un claro ejemplo de una situación vertical de corte «tradicional»: es un hecho comúnmente admitido que los acuerdos o prácticas concertadas entre empresas activas en distintos niveles de la cadena de producción pueden vulnerar el artículo 101 TFUE.[67]

104. Un segundo y último aspecto que se deriva de la cuestión prejudicial se refiere a las circunstancias en que, en el caso objeto del procedimiento principal, las compañías de tarjetas de crédito pueden tener que responder de *toda la infracción*, junto a los bancos participantes en el Acuerdo TIM.

105. La respuesta a esta cuestión también se puede encontrar en la jurisprudencia asentada. Para que una autoridad de defensa de la competencia pueda concluir que una empresa ha participado en una infracción y que es responsable de los distintos elementos que componen la infracción, debe probar, en particular, que la empresa intentó contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los

65 Esta situación se designa a menudo como la de «facilitador del cártel».

66 Sentencia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión (C-194/14 P, EU:C:2015:717), apartados 37 a 39.

67 Véase el punto 97 de las presentes conclusiones.

objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes y que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas en la consecución de los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo. [68]

106. En su petición de decisión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente señala que las compañías de tarjetas de crédito no desempeñaron papel alguno en la redacción del Acuerdo TIM ni en la determinación del importe de la TI. Sin embargo, tal como he mencionado en el punto 101 de las presentes conclusiones, el órgano jurisdiccional remitente considera que dichas compañías alentaron su formación, facilitaron su adopción y lo aceptaron y aplicaron.

107. Si los hechos del asunto son realmente así, algo que corresponde dilucidar al órgano jurisdiccional remitente, yo no vacilaría en concluir que, habida cuenta de su papel y su posición frente a los bancos que participaron en el Acuerdo TIM, las compañías de tarjetas de crédito sí intervinieron en la presunta infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1. Conforme a reiterada jurisprudencia, ni el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria ni el hecho de que haya desempeñado un papel menor afectan a la hora de imputarle una infracción. [69]

108. Por lo tanto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la tercera cuestión en el sentido de que, en una situación como la del procedimiento principal, en que las compañías de tarjetas de crédito no intervinieron directamente en la definición del contenido de un acuerdo presuntamente contrario al artículo 101 TFUE, apartado 1, pero facilitaron su adopción y lo aceptaron y aplicaron, hechos cuya comprobación corresponde al órgano jurisdiccional remitente, dichas compañías pueden considerarse responsables de la infracción.

V. Conclusión

109. Propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales planteadas por la Kúria (Tribunal Supremo, Hungría) del modo siguiente:

– una misma conducta de una empresa puede infringir el artículo 101 TFUE, apartado 1, por tener tanto el objeto como el efecto de restringir el juego de la competencia en el mercado interior;

– le corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si el Acuerdo TIM constituye una restricción por el objeto. A tal fin, debe examinar, en primer lugar, el contenido y la finalidad del acuerdo, para determinar si está comprendido en alguna categoría de acuerdos que, según la experiencia y la economía, se consideren comúnmente como nocivos para la competencia. Si la respuesta a esta pregunta es afirmativa, el órgano jurisdiccional remitente debe examinar entonces si puede haber consideraciones relativas al contexto jurídico y económico en que se aplique el acuerdo que desvirtúen dicha conclusión. En particular, debe comprobar si en principio es verosímil alguna explicación alternativa que aluda a una motivación supuestamente favorable a la competencia en el Acuerdo TIM, teniendo en cuenta también el período en que este estuvo en vigor;

68 Véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356), apartados 86 y 87, y de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6), apartado 83.

69 Véase, por ejemplo, la sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6), apartado 86.

– cuando aprecia la existencia de una infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, la autoridad de defensa de la competencia no está obligada a clasificar una determinada forma de conducta como acuerdo o como práctica concertada, siempre que pruebe debidamente los elementos constitutivos de las diferentes formas de infracción alegadas;

– en una situación como la del procedimiento principal, en que las compañías de tarjetas de crédito no intervinieron directamente en la definición del contenido de un acuerdo presuntamente contrario al artículo 101 TFUE, apartado 1, pero facilitaron su adopción y lo aceptaron y aplicaron, hechos cuya comprobación corresponde al órgano jurisdiccional remitente, dichas compañías pueden considerarse responsables de dicha infracción.