Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. NILS WAHL
presentadas el 27 de marzo de 2014 [1]

Asunto C-67/13 P

Groupement des cartes bancaires (CB)
contra

Comisión Europea

«Recurso de casación — Prácticas colusorias — Mercado de tarjetas bancarias en Francia — Groupement des Cartes Bancaires (CB) — Medidas de fijación de precios aplicables a los "nuevos miembros" de la Groupement — Derecho de adhesión y mecanismos denominados "regulación de la función de adquisición" y "activación de los miembros pasivos" — Existencia de una restricción de la competencia por el objeto — Facultad de dictar órdenes conminatorias — Respeto de los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica»

1. Mediante el presente recurso, la Groupement des cartes bancaires (CB) (en lo sucesivo, «Groupement») pretende que se anule la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de noviembre de 2012, CB/Comisión, [2] por la cual este último desestimó el recurso en el que solicitaba la anulación de la Decisión C(2007) 5060 final de la Comisión, de 17 de octubre de 2007, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 [CE] (COMP/D1/38.606 — Groupement des cartes bancaires «CB») (en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).

2. En el presente asunto, el Tribunal de Justicia debe pronunciarse principalmente sobre si el Tribunal General podía concluir, sin incurrir en error de Derecho, que las medidas controvertidas tenían por «objeto» restringir la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1 (actual artículo 101 TFUE, apartado 1), debiendo precisarse que, en el caso de autos, el Tribunal General prescindió de examinar los efectos de esas medidas en la competencia, a diferencia de la Comisión Europea, la cual, tras analizarlas en profundidad, concluyó en la Decisión controvertida que dichas medidas, además de tener tal objeto, tenían también efectos contrarios a la competencia. [3]

3. En particular, debe dilucidarse si el Tribunal General actuó de forma ajustada a Derecho al adoptar y, en su caso, aplicar una interpretación más bien extensiva del concepto de «restricción por el objeto». Esta importante cuestión, que ciertamente dista mucho de ser novedosa, se plantea en el contexto muy particular del mercado de las tarjetas de pago, cuyo carácter bifronte [4] y características muy peculiares

1 — Lengua original: francés.

2 — Sentencia T-491/07 (en lo sucesivo, «sentencia recurrida»).

3 — Véanse los puntos 252 a 358 de la Decisión controvertida.

4 — Los mercados bifrontes pueden definirse como aquellos en los que el volumen de transacciones realizadas no depende sólo del nivel general de los precios pagados por los miembros, sino también de su estructura (Rochet, J.-C., y Tirole, J.: «Two-sided markets: a progress report», *The RAND Journal of Economics*, vol. 37, nº 3, 2006, pp. 645 a 667.

no han sido hasta la fecha [5] examinados por el Tribunal de Justicia. Más concretamente, el presente asunto brinda al Tribunal de Justicia una nueva ocasión de afinar su jurisprudencia, un tanto controvertida, sobre el concepto de «restricción por el objeto» al que se refiere el artículo 81 CE, apartado 1.

I. **Antecedentes del litigio**

4. Los antecedentes del litigio, tal como resultan de la sentencia recurrida, pueden resumirse del siguiente modo.

5. La recurrente es una agrupación de interés económico francesa constituida en 1984 por las principales entidades bancarias francesas. Se creó con el fin de hacer posible la interoperatividad de los sistemas de pago y de retirada de efectivo mediante las tarjetas bancarias emitidas por sus miembros (en lo sucesivo, «tarjetas CB»). La interoperatividad se traduce en la práctica en que la tarjeta CB emitida por un miembro de la Groupement puede utilizarse para realizar pagos en todos los comercios afiliados al sistema CB a través de cualquier otro miembro y/o para retirar dinero de los cajeros automáticos (en lo sucesivo, «CA») operados por todos los demás miembros. Los miembros de la Groupement, cuyo número ascendía a 148 a 29 de junio de 2007, eran entidades consideradas «líderes», o entidades asociadas a una líder. Con arreglo al contrato constitutivo de la Groupement, BNP Paribas, BPCE, anteriormente Caisse nationale des caisses d'épargne et de Prévoyance, y Société générale (en lo sucesivo, «SG») figuraban entre las once entidades líderes.

6. El 10 de diciembre de 2002, la Groupement notificó a la Comisión, de conformidad con el Reglamento nº 17, [6] diversas nuevas reglas nuevas que se iban a introducir en el sistema CB y que consistían en particular [7] en tres medidas de fijación de precios que pueden describirse del siguiente modo:

— Un mecanismo denominado «MERFA» [8] cuya finalidad fundamental era, según la Groupement, por una parte, inducir a los miembros con mayor actividad de emisión que de adquisición a desarrollar su actividad de adquisición y, por otra parte, tomar en consideración económicamente el esfuerzo de los miembros con una actividad de adquisición considerable en relación con su actividad emisora. La fórmula prevista para ello consistía en comparar la parte correspondiente a cada miembro en el total de las actividades de emisión del sistema CB (calculadas con arreglo al número de SIREN [9] y de cajeros automáticos) con la parte correspondiente de ese miembro en el total de actividades de emisión del sistema. El MERFA debía aplicarse cuando la proporción entre las dos cuotas fuera inferior a 0,5. Los importes obtenidos por la aplicación del MERFA debían repartirse entre los miembros de la Groupement que no adeudaran ninguna cantidad por el mismo concepto, en proporción a su contribución a la actividad de adquisición. Esos miembros podían utilizar libremente los importes percibidos por este concepto.

— Una modificación de la tasa de adhesión a la Groupement que incluía, además de un importe fijo de 50 000 euros percibido en el momento de la adhesión, una tasa por cada tarjeta CB emitida y activa durante los tres años siguientes a la adhesión al grupo y, en su caso, una tasa

5 — No obstante, debe indicarse que el asunto MasterCard y otros/Comisión (C-382/12 P), actualmente pendiente ante el Tribunal de Justicia (véanse las conclusiones del Abogado General Mengozzi presentadas el 30 de enero de 2014), versa sobre el examen de ciertas decisiones adoptadas en el marco del sistema de pago con tarjeta denominado «abierto» gestionado por MasterCard. Parece que ese asunto, además de plantear cuestiones de Derecho distintas de las que se suscitan en el presente asunto, se refiere a medidas muy diferentes de imposición de tasas multilaterales de intercambio («TMI»).

6 — Reglamento del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81 CE] y [82 CE] (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

7 — De la descripción de las medidas notificadas se desprende que, además de regular la fijación de precios, éstas contemplaban también una modificación de la fórmula de reparto de los derechos de voto en el seno de la Groupement.

8 — Mecanismo de regulación de la función de adquisición.

9 — Sistema de identificación en el repertorio de empresas.

complementaria de adhesión aplicable a aquellos miembros cuyo número de tarjetas CB existentes durante o al final del sexto año siguiente a su adhesión excediera del triple de su número de tarjetas CB existentes al término del tercer año siguiente a su adhesión.

— Un mecanismo denominado «activación de los miembros pasivos», consistente en una tasa por cada tarjeta CB emitida aplicable a aquellos miembros que hubieran estado inactivos o poco activos antes de la fecha de entrada en vigor de las nuevas medidas de precios y cuya participación en la actividad total de emisión de tarjetas CB del conjunto del sistema CB excediera, en uno de los ejercicios 2003, 2004 y 2005, del triple de su participación en la actividad total relacionada con las tarjetas CB del conjunto del sistema durante el ejercicio 2000, 2001 o 2002.

7. El 6 de julio de 2004, la Comisión adoptó un primer pliego de cargos, dirigido contra la Groupement y las nueve entidades líderes en las que había efectuado inspecciones, en el cual las acusaba de haber concluido un «acuerdo secreto contrario a la competencia» que tenía «globalmente por objeto restringir la competencia entre los bancos participantes en el acuerdo y frenar de manera concertada la competencia de los nuevos miembros (en concreto, la gran distribución, los bancos en línea y los bancos extranjeros) en el mercado de la emisión de [tarjetas CB]». La Comisión consideró que «la notificación se [había] efectuado con el fin de disimular el verdadero contenido del acuerdo contrario a la competencia». Por ello, indicó que tenía intención de negar todo efecto a la notificación e imponer una multa a las entidades destinatarias del pliego de cargos. La Groupement respondió a este pliego de cargos el 8 de noviembre de 2004 y se celebró una audiencia los días 16 y 17 de diciembre de 2004.

8. El 17 de julio de 2006, la Comisión adoptó un segundo pliego de cargos, esta vez dirigido únicamente a la Groupement. En él indicaba que debía considerarse retirado el primer pliego de cargos. El segundo pliego de cargos hacía referencia a una decisión de una asociación de empresas que establecía medidas de fijación de precios que tenían un objeto o un efecto contrario a la competencia. La Groupement respondió al segundo pliego de cargos el 19 de octubre de 2006 y se celebró una audiencia el 13 de noviembre de 2006.

9. El 20 de julio de 2007, la Groupement presentó una propuesta de compromisos conforme al artículo 9 del Reglamento (CE) nº 1/2003,[10] que fue considerada extemporánea e insatisfactoria por el Director General de la Dirección General de Competencia de la Comisión.

10. A continuación, la Comisión adoptó la Decisión controvertida, en la que concluyó que la Groupement había infringido el artículo 81 CE. Dicha Decisión contiene en particular las consideraciones siguientes:

— el mercado de referencia se definió como el de la emisión de tarjetas de pago en Francia;

— las medidas controvertidas constituyen una decisión de una asociación de empresas;

— dichas medidas tienen un objeto contrario a la competencia. Este objeto se desprende de las propias fórmulas previstas para aplicarlas y contradice los objetivos de las medidas declarados en la notificación. Por una parte, estas medidas no son adecuadas para estimular la actividad de adquisición y conducen bien a imponer un gravamen adicional a los miembros sometidos a dichas medidas o bien a limitar la actividad de emisión de los miembros a los que en otro caso se habrían aplicado. Por otra parte, la función de estímulo de la actividad de adquisición atribuida al MERFA se contradice con la función atribuida a las comisiones interbancarias y con la función de la tasa complementaria de adhesión y la cuota de activación de los miembros pasivos. Este objeto contrario a la competencia corresponde a la verdadera finalidad de las medidas, indicada por las

10 — Reglamento del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [81 CE] y [82 CE] (DO 2003, L 1, p. 1).

entidades líderes durante su preparación, a saber, la voluntad de obstaculizar la competencia de los nuevos miembros y de penalizarlos, la intención de proteger los ingresos de las entidades líderes y la voluntad de limitar la disminución del precio de las tarjetas CB;

— las medidas controvertidas tienen también un efecto restrictivo de la competencia. En concreto, durante el período en que se aplicaron (entre el 1 de enero de 2003 y el 8 de junio de 2004), propiciaron la reducción de los planes de emisión de tarjetas CB por los nuevos miembros e impidieron la bajada de los precios de las tarjetas CB, tanto por los nuevos miembros como por las entidades líderes;

— las medidas controvertidas no pueden considerarse restricciones accesorias no comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, y

— no se cumplen las condiciones para la aplicación del artículo 81 CE, apartado 3. En particular, no podía aceptarse la justificación dada a las medidas controvertidas, y en concreto al MERFA, como mecanismo para equilibrar las funciones de adquisición y emisión, dado que la proporción de la actividad de emisión respecto a la de adquisición que se tomaba como referencia era la de las entidades líderes y no la de un equilibrio óptimo para el sistema CB.

11. La Comisión concluyó que el artículo 81 CE, apartado 3, no era aplicable a las medidas controvertidas, que la decisión de la Groupement relativa a dichas medidas era contraria a lo dispuesto en el artículo 81 CE, apartado 1, y nula de pleno derecho en virtud del artículo 81 CE, apartado 2, y que por lo tanto procedía ordenar a la Groupement que retirara las medidas en cuestión y se abstuviera en el futuro de adoptar todo acuerdo, decisión de asociación de empresas o práctica concertada que tuviera un objeto u efecto similar.

12. La Decisión controvertida disponía lo siguiente:

«Artículo 1

Las medidas de fijación de precios adoptadas por la [Groupement] mediante las decisiones de 8 y 29 de noviembre de 2002 [del consejo de administración], a saber, el [MERFA], la tasa de adhesión por tarjeta y la tasa complementaria de adhesión, así como la [cuota de activación de los miembros pasivos] aplicable a los miembros de la Groupement que no han desarrollado una actividad "CB" significativa desde su incorporación al sistema son contrarias al artículo 81 [CE].

Artículo 2

La Groupement pondrá fin inmediatamente a la infracción indicada en el artículo 1 mediante la eliminación de las medidas de fijación de precios notificadas a las que se refiere dicho artículo, en caso de que no lo hubiera hecho ya.

La Groupement se abstendrá en el futuro de adoptar cualquier medida o comportamiento que tenga un objeto o efecto idéntico o similar.»

II. **Procedimiento ante el Tribunal General y sentencia recurrida**

13. Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia el 27 de diciembre de 2007, la recurrente interpuso un recurso solicitando la anulación de la Decisión controvertida. BNP Paribas, BPCE y SG intervinieron en el procedimiento como coadyuvantes en apoyo de la recurrente.

14. La recurrente, apoyada por las coadyuvantes, invocaron seis motivos para fundamentar su recurso. El primer motivo se basaba en la infracción del artículo 81 CE, debido a errores en el método aplicado para el análisis de las medidas controvertidas y de los mercados de referencia, la vulneración del principio de igualdad de trato y falta de motivación. El segundo motivo se basaba en la infracción del artículo 81 CE, apartado 1, debido a errores de Derecho, de hecho y de apreciación cometidos por la Comisión al examinar el objeto de las medidas de que se trata. El tercer motivo se basaba en errores de Derecho, de hecho y de apreciación en el examen de los efectos de las medidas controvertidas. El cuarto motivo, invocado con carácter subsidiario, se basaba en la infracción del artículo 81 CE, apartado 3, debido a errores de Derecho, de hecho y de apreciación en el examen de la aplicabilidad de esta disposición a las medidas controvertidas. Mediante el quinto motivo, se alegó la vulneración del principio de buena administración. El sexto motivo se basaba en la vulneración de los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica.

15. Tras descartar todos los motivos, el Tribunal General desestimó el recurso en su totalidad, condenando a la Groupement a cargar con sus propias costas y con las de la Comisión, y a BNP Paribas, BPCE y SG a cargar con sus propias costas.

III. **Pretensiones de las partes y procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

16. Mediante su recurso de casación, la recurrente solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule la sentencia recurrida.

— Devuelva el asunto al Tribunal General, salvo que el Tribunal de Justicia considere que dispone de suficiente información para anular la Decisión controvertida.

— Condene a la Comisión al pago de las costas soportadas por la recurrente ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal General.

17. BNP Paribas, BPCE y SG han presentado escritos de contestación en apoyo de la recurrente.

18. La Comisión solicita que se desestime el recurso de casación y se condene en costas a la recurrente.

19. Las partes expusieron sus alegaciones por escrito y de forma oral en la vista de 22 de enero de 2014.

IV. **Apreciación de los motivos del recurso de casación**

20. La recurrente invoca tres motivos en apoyo de su recurso de casación. El primer motivo se basa en errores de Derecho en la aplicación del concepto de «restricción de la competencia por el objeto». El segundo motivo se basa en errores de Derecho en la aplicación del concepto de «restricción de la competencia por el efecto». Por último, el tercer motivo se basa en la vulneración de los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica.

21. Con carácter preliminar, la recurrente aduce que el Tribunal General omitió de forma manifiesta elementos esenciales en su descripción de los hechos (sentencia recurrida, apartados 1 a 48), lo que prueba que el Tribunal General en ningún momento se apartó de la postura de la Comisión ni ejerció el control detallado de las cuestiones de Derecho y de hecho requerido por el Tribunal de Justicia.[11] Estos elementos son, por una parte, el cambio radical de la postura de la Comisión durante la fase de

11 — Véase la sentencia de 8 de diciembre de 2011, KME Germany y otros/Comisión (C-272/09 P, Rec. p. I-12789), apartado 102.

instrucción, [12] lo que se explica por errores fundamentales de análisis que la Comisión no mencionó y, por otra parte, el hecho de que no se tuvieran en cuenta los debates desarrollados en la vista celebrada ante el Tribunal General el 16 de mayo de 2012 acerca del concepto de restricción por el objeto, sobre todo en relación con la interpretación que debía adoptarse de la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers. [13]

22. Considero que estas reflexiones preliminares, que sirven de telón de fondo a las cuestiones que se plantean en el presente asunto, no pueden entenderse en el sentido de que pretenden invocar uno o varios motivos distintos de los que se han alegado formalmente.

23. Por tanto, procede examinar de forma sucesiva los tres motivos formalmente invocados, haciendo especial hincapié en el primero, que es, a mi juicio, el que se encuentra en el centro de la controversia y que, por otro lado, reviste un interés muy especial.

A. *Sobre el primer motivo, basado en errores de Derecho en la aplicación del concepto de restricción por el objeto*

24. La recurrente, a la que se adhieren BNP Paribas, BPCE y SG, alega que el Tribunal General incurrió en varios errores de Derecho en la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1. Destaca que el enfoque seguido por el Tribunal General sienta un grave precedente, por cuanto equivale a prohibir *per se* todo precio facturado por un operador a otro. La Groupement sostiene, en particular, que el Tribunal General pasó por alto que el concepto de restricción por el objeto no puede interpretarse de una forma demasiado amplia y ocultó el marco analítico aplicado habitualmente por el Tribunal de Justicia para determinar si existe tal restricción.

25. Antes de examinar todas las objeciones formuladas contra el marco analítico utilizado por el Tribunal General en su examen de las medidas controvertidas, considero indispensable exponer una serie de consideraciones previas acerca del enfoque que, en mi opinión, debería seguirse para determinar si existe una restricción de la competencia por el objeto a efectos del artículo 81 CE, apartado 1.

1. Consideraciones generales sobre los límites del concepto de objeto contrario a la competencia a efectos del artículo 81 CE, apartado 1

26. Es un hecho reconocido que todo sistema de prohibición y sanción de prácticas colusorias se aplica a aquellos comportamientos que tienen un alcance restrictivo de la competencia. [14]

27. Para determinar qué comportamientos tienen un alcance restrictivo de la competencia, por lo general pueden seguirse dos vías metodológicas.

12 — La Groupement subraya que la Comisión no se apartó en ningún momento de las conclusiones adoptadas en el primer pliego de cargos, de 6 de julio de 2004. Sin embargo, tras la audiencia celebrada los días 16 y 17 de diciembre de 2004, la Comisión se vio obligada a retirar ese pliego de cargos, que no se basaba en un fundamento serio.

13 — Sentencia de 20 de noviembre de 2008 (C-209/07, Rec. p. I-8637).

14 — Cabe precisar que el término «restricción» debe entenderse referido por igual a los supuestos en los que la competencia resulta «restringida» o «falseada». Así pues, la restricción examinada en el presente asunto debe entenderse que comprende no sólo la que afecta a la libertad de actuación de las empresas en el mercado («*restraint of trade*») sino también la relativa al funcionamiento y la estructura del mercado («*restriction of competition*»).

28. La primera consiste en aplicar un enfoque casuístico, lo que supone examinar en detalle y en profundidad los efectos contrarios a la competencia, reales y potenciales, de los comportamientos de las empresas. Este planteamiento, si bien presenta la gran ventaja de identificar de forma precisa las prácticas que tienen efectos claramente restrictivos de la competencia, requiere la movilización de numerosos recursos y no garantiza la economía procesal. De ahí que, en último término, pueda llegar a constituir un obstáculo para la detección generalizada de comportamientos contrarios a la competencia.

29. Estos inconvenientes han llevado a concebir un segundo planteamiento, en parte menos individualizado, referido asimismo a aquellos comportamientos que, tras un análisis económico, se consideran generalmente que tienen un efecto perjudicial para la competencia.

30. En este sistema, no existe una diferencia sustancial entre los comportamientos de las empresas que se califican de restrictivos de la competencia a raíz de su examen individualizado y aquellos que reciben esa calificación en aplicación de un enfoque estandarizado: ambos están prohibidos. La distinción que debe hacerse se refiere primordialmente a consideraciones de orden procesal relacionadas con la prueba de los efectos contrarios a la competencia que producen los comportamientos imputados.

31. A título de ejemplo, en el Derecho de competencia americano, determinados comportamientos se consideran infracciones *per se*. Las empresas que realizan esos actos no tienen la posibilidad de impugnar, ni ante la autoridad encargada de perseguir las infracciones de las normas sobre competencia ni ante los tribunales, esa calificación de acuerdo restrictivo de la competencia mediante la prueba de que los comportamientos de que se trata tienen escasos efectos perjudiciales o incluso ciertos efectos beneficiosos para la competencia.

32. La referencia que hace el artículo 81 CE, apartado 1, a los acuerdos que tengan «por objeto [...] impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común» lleva a consecuencias semejantes, aunque no idénticas.

33. En primer lugar, cuando queda acreditado que el comportamiento de una empresa tiene un «objeto» contrario a la competencia, ese comportamiento está en principio prohibido, sin que haya lugar a examinar sus efectos.

34. En segundo lugar, si bien sería posible ponderar los posibles efectos favorables y contrarios a la competencia en el marco de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 3, resulta innegable que utilizar el concepto de objeto contrario a la competencia presenta una serie de ventajas, por cuanto simplifica la determinación de que ciertas prácticas de las empresas tienen un efecto restrictivo.

35. Ante todo, constituye indudablemente una fuente de previsibilidad y, por consiguiente, de seguridad jurídica para las empresas, ya que les permite conocer las consecuencias jurídicas (sobre todo en cuanto a prohibiciones y sanciones) que se derivarán de algunos de sus actos, como, por ejemplo, la conclusión de acuerdos sobre los precios, y adaptar en consonancia su comportamiento. De este modo, la identificación de los acuerdos que tienen un objeto restrictivo de la competencia surte también, a continuación, un efecto disuasorio y contribuye a prevenir los comportamientos contrarios a la competencia. Por último, es una fuente de economía procesal, pues permite a las autoridades de defensa de la competencia, cuando se encuentran ante determinadas formas de colusión, concluir que tienen efectos contrarios a la competencia sin necesidad de proceder al examen, a menudo complejo y arduo, de sus efectos reales o potenciales en el mercado de referencia.

36. Sin embargo, esas ventajas únicamente se pondrán de manifiesto si la utilización del concepto de restricción por el objeto está claramente circunscrita, pues de otro modo podría terminar abarcando comportamientos cuyos efectos contrarios a la competencia no se hayan acreditado claramente.

37. Estas consideraciones encuentran un apoyo más concreto en las enseñanzas que cabe extraer de la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia.

38. En primer lugar, como declaró muy pronto el Tribunal de Justicia en su sentencia LTM [15] y ha recordado de forma reiterada, [16] el carácter alternativo del requisito previsto en el artículo 81 CE, apartado 1, de que exista un acuerdo que tenga «por objeto o efecto» restringir la competencia, que se manifiesta en la conjunción «o», lleva en primer término a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se aplica. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha precisado a este respecto que, en caso de que «el análisis de las *cláusulas* de dicho acuerdo no revele *un grado suficiente de nocividad*» (el subrayado es mío) respecto de la competencia, será necesario examinar los efectos del acuerdo y, con vistas a su prohibición, exigir que reúna los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado de hecho impedido, restringido o falseado de modo considerable. Así pues, para apreciar si un acuerdo está prohibido por el artículo 81 CE, apartado 1, la toma en consideración de sus efectos concretos será superflua cuando se observe que el acuerdo tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común. [17]

39. En segundo lugar, el Tribunal de Justicia ha precisado que la distinción entre «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto» reside en que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia. [18] Así, distintas formas de cooperación entre empresas se han considerado, por su propio objeto, constitutivas de una restricción de la competencia por el objeto. Esta calificación de objeto restrictivo de la competencia se ha aplicado no solamente a formas de cooperación horizontal distintas de las previstas en el artículo 81 CE, apartado 1, letras a) a e), [19] sino también a diversos acuerdos verticales. [20]

40. En tercer lugar, la apreciación más estandarizada a la que puede conducir la aplicación del concepto de restricción por el objeto requerirá un examen detallado e individualizado del acuerdo objeto de litigio, lo que en todo caso ha de diferenciarse claramente del examen de los efectos reales o potenciales de los comportamientos de las empresas denunciadas.

15 — Sentencia de 30 de junio de 1966 (56/65, Rec. pp. 337 y 359).

16 — Sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15.

17 — Véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 16 y jurisprudencia citada.

18 — Sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 17.

19 — En concreto, se consideró que tenían un objeto contrario a la competencia los intercambios de información dirigidos a coordinar el comportamiento de los competidores en el mercado (sentencia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529).

20 — Véanse, en particular, las sentencias de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión (56/64 y 58/64, Rec. p. 429); de 1 de febrero de 1978, Miller International Schallplatten/Comisión (19/77, Rec. p. 131) (acuerdos de distribución que prohibían el comercio paralelo entre los Estados miembros y establecían una protección territorial absoluta); de 3 de julio de 1985, Binon (243/83, Rec. p. 2015) (sistema de distribución selectiva con fijación de precios mínimos de reventa), y de 13 de octubre de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, Rec. p. I-9419) (sistema de distribución selectiva en el que se prohibía, salvo justificación objetiva, la venta de determinados productos en Internet).

41. En este sentido, el Tribunal de Justicia precisó muy pronto [21] que el examen de si un contrato tiene o no un objeto restrictivo no puede desconectarse del contexto económico y jurídico en el que lo celebraron las partes. Desde entonces, y de forma reiterada, ha venido recordando que las cláusulas de los acuerdos deben examinarse efectivamente a la luz de su contexto, [22] lo cual se basa en la idea de que, al examinar la compatibilidad de un comportamiento con las disposiciones del Tratado en materia de acuerdos entre empresas, es difícil defender consideraciones puramente teóricas y abstractas. [23]

42. Para ilustrar mis observaciones, pondré el ejemplo de una infracción de la que, a la luz de la experiencia adquirida, se presume que produce una de las restricciones de la competencia más graves, a saber, un acuerdo horizontal sobre el precio de una mercancía cualquiera. Aun cuando está ampliamente reconocido que estos acuerdos son en general muy nocivos para la competencia, no sería obligado llegar a esa conclusión en el caso de que, por ejemplo, las empresas implicadas dispusieran únicamente de una cuota mínima del mercado de referencia.

43. Del mismo modo, sólo después de examinar el contexto el Tribunal de Justicia declaró que no podía considerarse que un acuerdo de distribución, aunque a primera vista pudiera juzgarse restrictivo de la competencia, tuviera por objeto, por su propia naturaleza, una restricción considerable de la competencia. [24]

44. A mi juicio, tomar en consideración el contexto económico y jurídico en el examen de un objeto contrario a la competencia ha de diferenciarse claramente, so pena de imprimir un sesgo perjudicial a la correcta interpretación del artículo 81 CE, apartado 1 —aspecto sobre el que tendré ocasión de volver en las consideraciones que figuran a continuación—, de la prueba de los efectos contrarios a la competencia en virtud de la segunda parte de la alternativa prevista en la citada disposición. La consideración del contexto para determinar si el objeto de un acuerdo es contrario a la competencia únicamente puede servir para corroborar o neutralizar [25] el examen de los propios términos del presunto acuerdo restrictivo. No podrá en modo alguno paliar la falta de identificación efectiva de un objeto contrario a la competencia mediante la demostración de los efectos potenciales de las medidas examinadas.

45. En otras palabras, y al margen de las semejanzas conceptuales que existen entre las dos variantes de esta alternativa, [26] la toma en consideración del contexto económico y jurídico para identificar una restricción por el objeto no puede conducir a una calificación contraria a las empresas denunciadas cuando se trate de un acuerdo cuyos términos no pongan de manifiesto una nocividad desde el punto de vista de la competencia.

46. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General, a pesar de recordar la distinción entre los dos tipos de restricción previstos en el artículo 81 CE, apartado 1, ha podido suscitar, en cierta medida, interpretaciones divergentes e incluso confusión. En efecto, algunas orientaciones de la jurisprudencia parecen haber difuminado la necesaria distinción entre el examen del objeto contrario a la competencia y el análisis de los efectos que los acuerdos entre empresas tienen en la competencia.

21 — Véase, en particular, la sentencia Consten y Grundig/Comisión, antes citada, p. 497.

22 — Véanse, en particular, las sentencias Miller International Schallplatten/Comisión, antes citada, apartado 7; de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión (29/83 y 30/83, Rec. p. 1679), apartado 26, y de 6 de abril de 2006, General Motors/Comisión (C-551/03 P, Rec. p. I-3173), apartado 66.

23 — Véanse, en este sentido, las conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Roemer en el asunto en que recayó la sentencia Consten y Grundig/Comisión, antes citada, p. 525.

24 — Sentencia de 28 de abril de 1998, Javico (C-306/96, Rec. p. I-1983), apartados 19 a 31.

25 — Para un ejemplo de esta forma de neutralización, véase la sentencia de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros (C-309/99, Rec. p. I-1577), apartado 97.

26 — En este sentido, varios autores han señalado que el análisis del objeto es una aplicación del análisis de los efectos (véase, por ejemplo, Wish, R.: Introducción a la 4ª Mesa Redonda de la Conferencia New Frontiers of Antitrust de 10 de febrero de 2012, titulada «Anticompetitive object vs. anticompetitive effect: does it really matter ?», Concurrences nº 2, 2012, pp. 59 y ss.

47. Es indudable que, en una serie de asuntos, la consideración del contexto se asemeja a un auténtico examen de los efectos potenciales de las medidas controvertidas.

48. Así, en el asunto GlaxoSmithKline Services/Comisión,[27] el Tribunal General, que debía pronunciarse sobre el objeto contrario a la competencia de las cláusulas de un acuerdo por el que se pretendía limitar el comercio paralelo de medicamentos, declaró, en esencia, que el carácter contrario a la competencia de un acuerdo no podía deducirse únicamente de la lectura de sus términos, efectuada en su contexto, sino que «necesariamente» debían considerarse también sus efectos. Esta sentencia parece indicar que, para concluir que el objeto de un acuerdo es contrario a la competencia, habría que comprobar en todo caso que tiene efectos concretos sobre la competencia.[28]

49. Cabe preguntarse legítimamente si este análisis, que equivaldría a evaluar las consecuencias necesarias de los acuerdos de que se trate, no se asemeja más a un examen de sus efectos restrictivos de la competencia que a un análisis de su objeto contrario a la competencia.

50. Más recientemente y de forma aún más clara, el Tribunal de Justicia declaró, en la sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros,[29] que los acuerdos en virtud de los cuales entidades aseguradoras de automóviles pactan bilateralmente con concesionarios de automóviles que operan como talleres de reparación, o con una asociación que representa a estos últimos, el precio por hora que ha de abonar la entidad aseguradora por la reparación de los vehículos asegurados por ella, estableciendo que dicha tarifa dependerá, entre otros factores, del número y porcentaje de contratos de seguro que el concesionario haya comercializado como intermediario de dicha entidad, pueden considerarse constitutivos de una restricción de la competencia «por el objeto» en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1. Ha de llegarse a esta conclusión si, tras llevar a cabo un examen individual y concreto del contenido y del objetivo de estos acuerdos, así como del contexto económico y jurídico en el que se inscriben, resulta que son, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia en uno de los dos mercados de referencia.[30]

51. De nuevo se observa aquí la dificultad de distinguir entre el examen del contexto que propugna el Tribunal de Justicia, consistente en una evaluación del riesgo de eliminación o grave debilitamiento de la competencia en el mercado de referencia, habida cuenta en particular de «la estructura de dicho mercado, la existencia de canales de distribución alternativos y su importancia respectiva, así como la posición en el mercado de las empresas implicadas», y el examen de los eventuales efectos restrictivos de la competencia.

52. No obstante, y aun cuando la jurisprudencia haya podido contribuir a difuminar en cierta medida la línea divisoria entre los conceptos de restricción por el objeto y restricción por el efecto, considero que la utilización de este concepto debe delimitarse más claramente.

53. En efecto, el hecho de que un acuerdo o una práctica se califique como restrictivo de la competencia en virtud de su propio objeto tiene consecuencias importantes, entre las que cabe destacar al menos dos.

27 — Sentencia del Tribunal General de 27 de septiembre de 2006 (T-168/01, Rec. p. II-2969), apartado 147.

28 — Si bien el Tribunal de Justicia, en el marco del recurso de casación interpuesto en el citado asunto, tuvo que censurar el análisis sobre la naturaleza contraria a la competencia del objeto de los acuerdos controvertidos, lo hizo únicamente en la medida en que el Tribunal General había supeditado la existencia de un objeto contrario a la competencia a la prueba de que el acuerdo resultaba perjudicial para los consumidores finales (véase la sentencia de 6 de octubre de 2009, GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión, C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, Rec. p. I-9291), apartados 63 y 64.

29 — Sentencia de 14 de marzo de 2013 (C-32/11).

30 — Véase la sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, antes citada, apartado 48.

54. En primer lugar, la identificación de un «objeto contrario a la competencia» se basa en un planteamiento formalista no exento de peligro desde el punto de vista de la protección de los intereses generales que pretenden asegurar las normas del Tratado en materia de competencia. Desde el momento en que se declara que un acuerdo tiene un objeto restrictivo de la competencia, la consiguiente prohibición tiene un alcance muy general, es decir, puede imponerse con carácter preventivo y dificultar con ello los contactos futuros, [31] con independencia de cómo se evalúen los efectos concretos que se hayan producido.

55. Por tanto, este planteamiento formalista únicamente será concebible cuando se estén examinando comportamientos que presenten el riesgo intrínseco de producir efectos perjudiciales de especial gravedad o comportamientos de los que quepa esperar más efectos negativos que positivos para la competencia. Si se decidiera otra cosa, supondría negar que determinados actos de los operadores económicos generan potencialmente externalidades positivas desde el punto de vista de la competencia. En mi opinión, únicamente cuando la experiencia muestra que una restricción, conforme al análisis económico, está constantemente prohibida, será razonable sancionarla directamente en aras de la economía procesal. [32]

56. Por tanto, únicamente habrán de considerarse restrictivos de la competencia por el objeto los comportamientos cuyo carácter perjudicial, según la experiencia y el conocimiento económico, esté comprobado y sea fácilmente detectable, pero no los acuerdos que, a la vista del contexto en el que se inscriben, presenten efectos ambivalentes en el mercado o que puedan tener efectos restrictivos accesorios necesarios para lograr un objetivo principal no restrictivo de la competencia.

57. Además, esta calificación exime a la autoridad examinadora de la carga de probar los efectos contrarios a la competencia del acuerdo o de la práctica que ha de analizar. La ampliación no controlada de los comportamientos comprendidos en el ámbito de las restricciones por el objeto resulta peligrosa desde la perspectiva de los principios que, en general, han de regir la determinación y la carga de la prueba de los comportamientos contrarios a la competencia.

58. Habida cuenta de estas consecuencias, la calificación de acuerdo restrictivo por el objeto ha de estar claramente delimitada y circunscribirse a aquellos acuerdos que presenten un cierto grado intrínseco de nocividad. Este concepto sólo debe aplicarse a los acuerdos que intrínsecamente, es decir, sin que sea necesario evaluar sus efectos reales o potenciales, revisten tal grado de gravedad o de nocividad que resulte sumamente probable que incidan negativamente en la competencia. Pese al carácter abierto de la lista de comportamientos que pueden calificarse de restrictivos por su objeto, es conveniente observar una actitud relativamente prudente a la hora de determinar si existe una restricción de la competencia por el objeto.

59. Esta prudencia resulta aún más necesaria si se tiene en cuenta que el marco de análisis que el Tribunal de Justicia ha de desarrollar se impondrá tanto a la Comisión como a las autoridades nacionales de defensa de la competencia, cuya sensibilidad y nivel de experiencia se basan en parámetros variables.

31 — La importancia de estas consecuencias ya fue destacada por el Abogado General Cruz Villalón en el punto 64 de sus conclusiones presentadas en el asunto que dio lugar a la sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, antes citada.

32 — La Comisión parece haber hecho suyo este planteamiento en las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 CE (DO C 101, p. 97), de 27 de abril de 2004. En concreto, señala que «se entiende por acuerdos que tienen por objeto restricciones de la competencia aquéllos que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia. Se trata de restricciones que, dados los objetivos de las normas comunitarias de competencia, presentan un potencial tan elevado de efectos negativos para la competencia que no es necesario aplicar el apartado 1 del artículo 81 para demostrar cualquier efecto real en el mercado. Dicha presunción se basa en la *gravedad intrínseca de la restricción y en la experiencia*, que demuestra que las restricciones de la competencia que lo sean por su objeto pueden surtir efectos negativos para el mercado y poner en peligro los objetivos de las normas comunitarias de competencia» (el subrayado es mío).

60. La ventaja que supone la identificación de los acuerdos restrictivos de la competencia por el objeto en cuanto a la previsibilidad y el aligeramiento de la carga de la prueba se vería comprometida si esa identificación tuviera que ir precedida de un análisis en profundidad de las consecuencias del acuerdo sobre la competencia, que tendría un alcance bastante más amplio que el examen detallado del acuerdo.

61. En cualquier caso, cabe observar que el Tribunal de Justicia, pese a la aparente ampliación de los comportamientos considerados restrictivos por el objeto, ha reiterado de forma constante, desde la sentencia LTM hasta la sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, antes citadas, que el análisis del objeto ha de revelar un «grado suficiente de nocividad». [33]

62. Por último, me gustaría recordar que una delimitación de esta índole no equivale a «blindar» determinados comportamientos, sustrayéndolos a la prohibición prevista en el artículo 81 CE, apartado 1. Cuando no se haya establecido que un acuerdo determinado no es idóneo específicamente —es decir, habida cuenta de sus objetivos y del contexto jurídico y económico en el que se inscribe— para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado, únicamente se habrá descartado la aplicación del concepto de restricción por el objeto. La autoridad encargada de la defensa de la competencia siempre podrá censurar ese acuerdo sobre la base de un examen más detenido de sus efectos contrarios a la competencia reales y potenciales en el mercado.

2. Sobre la apreciación de la existencia de una restricción por el objeto en el presente asunto

63. Procede señalar que, mediante su primer motivo, la recurrente critica de forma global la interpretación amplia del concepto de restricción por el objeto que hace el Tribunal General. En particular, denuncia los errores que, en su opinión, viciaron el examen realizado por el Tribunal General en cuanto al contenido, el objetivo y el contexto en que se elaboraron las medidas controvertidas.

64. En otras palabras, procede dilucidar en primer término si, con carácter general, el Tribunal General consideró de forma ajustada a Derecho, en los apartados 124 y 146 de la sentencia recurrida, que «no [procedía] interpretar el concepto de infracción por objeto de forma restrictiva». A continuación, habrá que determinar si, con independencia de esa afirmación, el Tribunal General pudo confirmar en el presente asunto, sin cometer un error de Derecho, que se había producido una infracción por objeto en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1.

33 — Esta exigencia se viene reiterando de manera constante en la jurisprudencia reciente (véanse las sentencias Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 15; T-Mobile Netherlands y otros, antes citada, apartado 28; GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros, antes citada, apartado 55, y sentencia de 4 de octubre de 2011, Football Association Premier League y otros, C-403/08 y C-429/08, Rec. p. I-9083, apartado 135).

a) ¿Debe hacerse una interpretación restrictiva o extensiva del concepto de restricción por el objeto?

65. De entrada, cabe subrayar que la jurisprudencia, caracterizada por cierta ambivalencia entre la voluntad de evitar una enumeración exhaustiva de las restricciones por el objeto y la necesidad de respetar la *ratio legis* del artículo 81 CE, apartado 1, que requiere que los comportamientos prohibidos revistan un cierto grado de nocividad, no ofrece siempre una respuesta clara a la cuestión de si el concepto de restricción por el objeto ha de interpretarse de forma restrictiva, a pesar de que varios abogados generales se han pronunciado a favor de uno u otro planteamiento. [34]

66. Por lo que respecta, en particular, a la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, opino que el Tribunal General erró al citarla en apoyo de su conclusión de que no procedía hacer una interpretación restrictiva del concepto de restricción por el objeto.

67. En efecto, como se desprende del apartado 22 de dicha sentencia, el Tribunal de Justicia pretendía responder a la argumentación de Beef Industry Development Society y Barry Brothers según la cual «el concepto de infracción por objeto debería interpretarse de modo restrictivo» y «sólo pertenecen a esta categoría los acuerdos que tengan por objeto la fijación de precios horizontal, la limitación de la producción o el reparto de los mercados, cuyos efectos contrarios a la competencia son tan evidentes que no requieren análisis económico alguno».

68. Sin embargo, conviene señalar que la respuesta dada por el Tribunal de Justicia en el apartado 23 de la misma sentencia, según la cual «los tipos de acuerdos contemplados en el artículo 81 CE, apartado 1, letras a) a e), no forman una lista exhaustiva de prácticas colusorias prohibidas», pese a indicar claramente que el concepto de restricción de la competencia no se limita a las restricciones más flagrantes del tipo cártel («*hard core infringements*») previstas en esa disposición, no pudiendo por tanto circunscribirse a una lista cerrada, no prejuzga necesariamente la cuestión de si debe interpretarse de forma restrictiva el concepto de restricción de la competencia por el objeto.

69. De la lectura de esta sentencia se desprende otra conclusión. En definitiva, fue el examen de los propios términos de los acuerdos controvertidos lo que condujo al Tribunal de Justicia a concluir que estos últimos tenían por objeto restringir la competencia.

70. Es cierto que los acuerdos de que trataba el asunto que dio lugar a la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada (en lo sucesivo, «acuerdos BIDS»), presentaban características particulares, en la medida en que perseguían la racionalización del sector bovino mediante la reducción del exceso de capacidad de producción.

71. No es menos cierto que estos acuerdos eran equiparables a acuerdos dirigidos a limitar la producción en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, letra b). Después de un examen detallado de los términos de los acuerdos BIDS, el Tribunal de Justicia llegó a la conclusión de que su objeto era contrario a la competencia. En concreto, consideró que estos acuerdos preveían un mecanismo destinado a fomentar la salida del mercado de las empresas competidoras. La información proporcionada al Tribunal de Justicia demostraba, según éste, que los acuerdos BIDS perseguían dos objetivos principales. Se trataba, por una parte, de aumentar el grado de concentración del mercado de referencia reduciendo considerablemente el número de empresas que ofrecen servicios de

34 — Cabe mencionar, por ejemplo, que el Abogado General Cruz Villalón, en las conclusiones presentadas en el asunto en que recayó la sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, antes citada, se pronunció a favor de un enfoque restrictivo, al concluir que esta categoría de restricciones de la competencia por el objeto debe interpretarse de forma restrictiva, y limitarse a los supuestos en que pueda apreciarse un potencial intrínseco de efectos negativos especialmente grave (véase el punto 65 de dichas conclusiones). En el asunto en que recayó la sentencia T-Mobile Netherlands y otros, antes citada, la Abogado General Kokott parece, por el contrario, inclinarse por un enfoque menos tajante cuando indica que «es cierto que el concepto de práctica concertada con objetivo contrario a la competencia no puede interpretarse de manera excesivamente amplia, si se tienen en cuenta las graves consecuencias a las que pueden exponerse las empresas afectadas en caso de infracción del artículo 81 CE, apartado 1. Sin embargo, tampoco puede hacerse una interpretación excesivamente restrictiva de dicho concepto que elimine la prohibición de las “infracciones por su objeto”, establecidas en el Derecho primario, y prive de este modo al artículo 81 CE, apartado 1, de una parte de su eficacia práctica» (véase el punto 44 de dichas conclusiones).

transformación y, por otra parte, de eliminar cerca del 75 % de la capacidad excedentaria de producción. [35] Por tanto, los acuerdos BIDS pretendían esencialmente permitir que varias empresas aplicaran una política común que tenía por objeto favorecer la salida del mercado de algunas de ellas y, consiguientemente, reducir el exceso de capacidad que afectaba a su rentabilidad, impidiéndoles realizar economías de escala. [36]

72. El Tribunal de Justicia concluyó que «este tipo de acuerdos choca manifiestamente con la concepción inherente a las disposiciones del Tratado CE relativas a la competencia según la cual los operadores económicos deben determinar de forma independiente la política que vayan a adoptar en el mercado». Según el Tribunal de Justicia, en el marco de la competencia, el único medio para mejorar la rentabilidad que, de no haber celebrado los acuerdos BIDS, habrían tenido las empresas que suscribieron los mismos habría sido intensificar su rivalidad comercial o recurrir a operaciones de concentración. Dichos acuerdos les permitirían evitar tal proceso y compartir una parte importante de los costes necesarios para incrementar el grado de concentración del mercado, en particular mediante el pago de dos euros por unidad producida por cada uno de los transformadores que continuaban con su actividad. Además, el Tribunal de Justicia destacó que los medios dispuestos para alcanzar el objetivo de los acuerdos BIDS también conllevaban restricciones cuyo objeto tenía carácter contrario a la competencia. [37]

73. En definitiva, las medidas examinadas presentaban un grado de nocividad tan elevado que cabía concluir que su objeto era contrario a la competencia.

74. Habida cuenta de todas estas consideraciones, opino que el Tribunal General erró al afirmar en la sentencia recurrida que el concepto de objeto no debía interpretarse de forma restrictiva.

75. Procede examinar si, pese a esta afirmación, el Tribunal General pudo confirmar, sin incurrir en un error de Derecho, la conclusión de que las medidas objeto de litigio tenían un objeto contrario a la competencia.

b) Sobre el marco analítico aplicado en el presente asunto para concluir que existía una restricción por el objeto

76. Con carácter preliminar, me parece importante recordar que, mientras que el Tribunal General es el único competente, por una parte, para determinar los hechos, salvo en los casos en que la inexactitud material de sus comprobaciones se desprenda de los documentos que obran en autos y, por otra parte, para apreciar esos hechos, el Tribunal de Justicia es el único competente para ejercer, en virtud del artículo 256 TFUE, el control sobre la calificación jurídica de esos hechos y las consecuencias jurídicas que el Tribunal General extrae de dicha calificación. Salvo en el caso de desnaturalización de los elementos de prueba aportados ante el Tribunal General, la apreciación de los hechos no constituye una cuestión de Derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia. [38]

77. En el caso de autos, en mi opinión, mediante este motivo la recurrente pretende principalmente cuestionar, por una parte, los errores de Derecho que, a su juicio, viciaron la calificación de las medidas controvertidas de restricción por el objeto y, por otra parte, la desnaturalización por el Tribunal General de los elementos de prueba sometidos a su apreciación. *A priori*, estas cuestiones no pueden sustraerse al control del Tribunal de Justicia.

35 — Véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartados 31 y 32.

36 — Véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 33.

37 — Véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartados 34 a 36.

38 — Véase, en particular, la sentencia de 19 de julio de 2012, Alliance One International y Standard Commercial Tobacco/Comisión y Comisión/Alliance One International y otros (C-628/10 P y C-14/11 P), apartados 84 y 85.

78. En efecto, corresponde al Tribunal de Justicia verificar si el Tribunal General controló debidamente que la Comisión había establecido suficientemente, tras un examen individualizado y concreto del contenido, del objetivo y del contexto económico y jurídico en el que se enmarcaban dichas medidas, que éstas presentaban un grado de nocividad tan elevado que podían presumirse sus efectos negativos en la competencia.

79. Para ello, la experiencia constituye una referencia plenamente pertinente. Esa «experiencia» habrá de entenderse como lo que se desprende tradicionalmente de un análisis económico, confirmado por las autoridades de defensa de la competencia y ratificado, en su caso, por la jurisprudencia.

80. En este contexto, procede constatar que las medidas objeto de litigio presentan un carácter horizontal y, *a priori*, podría considerárselas especialmente idóneas para tener un objeto restrictivo de la competencia.

81. Ahora bien, aun cuando es sabido que determinados acuerdos horizontales entre empresas implican restricciones evidentes de la competencia, como la fijación de precios o el reparto del mercado,[39] y pueden, por tanto, considerarse constitutivos de una restricción de la competencia por el objeto, no resulta evidente a primera vista que las medidas objeto de litigio tengan un carácter perjudicial para la competencia.

82. En todo caso, es necesario examinar si el Tribunal General confirmó acertadamente la conclusión a la que había llegado la Comisión en cuanto a la existencia de una restricción por el objeto, y conviene precisar al respecto que esa conclusión ha de derivarse de una apreciación del contenido de las medidas en su conjunto, realizada a la luz, en su caso, de las finalidades que persiguen objetivamente y de su contexto económico y jurídico.

83. En este sentido, podría parecer artificial la articulación de las partes del presente motivo, cada una de las cuales versa sobre uno de los tres aspectos pertinentes para calificar una medida de restricción por el objeto.

84. Sin embargo, considero oportuno abordarlas de forma sucesiva.

i) Sobre la primera parte, relativa al examen del contenido de las medidas de la Groupement

85. La recurrente, con el apoyo en varios aspectos de BNP Paribas, BPCE y SG, alega que el Tribunal General cometió varios errores de Derecho en la apreciación del contenido de las medidas controvertidas.

86. En primer lugar, aduce que el Tribunal General incurrió en varios errores en el análisis del «propio» objeto de las medidas. En primer término, argumenta que el Tribunal General no realizó un examen de la nocividad de las medidas objeto de litigio desde el punto de vista de su contenido, sino que se centró en las intenciones subjetivas de determinados miembros de la Groupement. Así, el Tribunal General cometió un error de Derecho, en los apartados 126 y 132 de la sentencia recurrida, al considerar que de las propias fórmulas de las medidas se desprendía que éstas tenían un objeto contrario a la competencia consistente en dificultar la competencia de los nuevos miembros en el mercado de referencia. Además, la recurrente considera que el Tribunal General desnaturalizó los elementos probatorios al concluir que existían varios obstáculos que en la práctica dificultaban en extremo el desarrollo de la actividad de adquisición por los nuevos miembros, basándose para ello en las declaraciones de la Comisión y apartándose, sin explicación válida, de los elementos de prueba en sentido contrario.

39 — Sentencia de 8 de diciembre de 2011, KME Germany y otros/Comisión (C-389/10 P, Rec. p. I-13125), apartado 75.

87. En segundo lugar, la recurrente alega que el Tribunal incurrió en errores al tener en cuenta, en los apartados 186 y 256 de la sentencia recurrida, la génesis de la adopción de las medidas, según se desprendía de documentos incautados durante las inspecciones realizadas en los locales de la Groupement y de algunos de sus miembros.

88. En primer término, la recurrente indica que el Tribunal General cometió un error al tener en cuenta en su análisis del objeto de las medidas las declaraciones realizadas por algunas de las entidades líderes antes de la adopción de las mismas, puesto que éstas no reflejan la voluntad de la Groupement, sino tan sólo la de algunos de sus miembros. Pues bien, sólo cuando una decisión constituye una expresión fiel de la voluntad de su autor puede considerarse una decisión de una asociación de empresas. En este caso, no son pertinentes las circunstancias relativas a la preparación y la adopción de la decisión, ya que únicamente las medidas notificadas manifestaban plenamente la intención de la Groupement. Además, se tomó en consideración la génesis de las medidas en lugar de hacer un análisis en profundidad de su contenido.

89. A continuación, la recurrente aduce que el Tribunal General desnaturalizó los elementos probatorios, realizando una selección arbitraria entre las comunicaciones preparatorias, los documentos incautados y las declaraciones de los nuevos miembros. En opinión de la recurrente, diversos elementos en los que se ponían de manifiesto la necesidad de luchar contra el parasitismo y la preocupación por el respeto de las normas sobre competencia ponen de manifiesto la existencia de una duda real acerca de la restricción de la competencia, que el Tribunal General debería haber tenido en cuenta. Esta desnaturalización resulta especialmente patente en el hecho de que el Tribunal General se basó en los mismos elementos utilizados por la Comisión, sin apartarse de las conclusiones del primer pliego de cargos.

90. En la sentencia recurrida, el Tribunal General concluyó en esencia que el objeto contrario a la competencia de las medidas examinadas consistía en obstaculizar la competencia de los nuevos miembros en el mercado francés de emisión de tarjetas CB.

91. De este modo, el Tribunal General hizo suya la conclusión según la cual el objeto contrario a la competencia de las medidas objeto de litigio radica en las fórmulas de cálculo previstas para aplicar las medidas controvertidas (véanse los apartados 126 a 133 de la sentencia recurrida). También concluyó que la Comisión había utilizado únicamente con fines de confirmación los documentos incautados durante las inspecciones acerca de las declaraciones realizadas por las entidades líderes durante la preparación de las medidas controvertidas (véanse los apartados 123 a 154 de la sentencia recurrida).

92. Pues bien, por lo que respecta, en primer término, al examen de las fórmulas de cálculo previstas en las medidas objeto de litigio, y en la línea de lo expuesto anteriormente, considero que el Tribunal General no comprobó si contenían un mecanismo contrario a la competencia por su propia naturaleza.

93. Ciertamente, el Tribunal General subrayó, en el apartado 132 de la sentencia recurrida, que la Comisión había considerado, habida cuenta de las fórmulas previstas para aplicar las medidas controvertidas y de la dificultad de desarrollar la actividad de adquisición, que dichas medidas imponían a los miembros de la Groupement sujetos a ellas la obligación de limitar su actividad de emisión o de soportar gastos (vinculados a la emisión) que no tenían que soportar otros miembros de la Groupement, entre ellos las entidades líderes. El Tribunal indicó asimismo que «dichas fórmulas limitaban las posibilidades de los miembros sujetos a estas medidas de competir (en precios) en el mercado de la emisión con los miembros de la Groupement no afectados por las mismas. La Comisión llegó a la conclusión de que las medidas controvertidas tenían un objeto contrario a la competencia consistente en obstaculizar la competencia por parte de los nuevos miembros (véanse los puntos 212, 213 y 222 de la Decisión controvertida)».

94. Asimismo, el Tribunal General hizo suya, en el apartado 133 de la sentencia recurrida, la conclusión de la Comisión de que «la función atribuida por la Groupement al MERFA (inducir a desarrollar la actividad de adquisición) resulta cuestionada por la existencia de comisiones interbancarias que fomentaban la emisión (véanse los puntos 226 a 230 de la Decisión controvertida) y por el hecho de que la tasa complementaria de adhesión y la cuota de activación de los miembros pasivos penalizaran a los bancos que en un pasado reciente no hubieran desarrollado una actividad suficiente de emisión de tarjetas en un pasado reciente (véanse los puntos 231 y 232 de la Decisión controvertida)».

95. Ahora bien, pese a que estas afirmaciones se refieren ciertamente al contenido de las medidas controvertidas que perseguían fundamentalmente imponer determinados gastos a ciertos bancos y estimular la actividad de adquisición, considero que ni la Comisión ni el Tribunal General probaron de qué manera estas medidas, por su mera redacción, eran restrictivas de la competencia. En efecto, si nos atenemos al tenor literal de las medidas notificadas, según fueron comunicadas por la Comisión y examinadas por el Tribunal General, su objeto consistía en imponer a los miembros de la Groupement una participación en la financiación de los costes de funcionamiento del sistema de pago CB. Como se indicará más adelante (véanse, en particular, los puntos 130 y 131 de las presentes conclusiones), no puede calificarse de restricción por el objeto el mero hecho de que los miembros de la Groupement pudieran verse obligados, como consecuencia de la adopción de estas medidas, a limitar su actividad de emisión o a soportar costes (vinculados a la emisión) que no tenían que soportar otros miembros.

96. En segundo término, por lo que respecta a la toma en consideración de la «génesis», es decir, de las declaraciones realizadas por las entidades líderes recogidas en algunos documentos preparatorios de las medidas que fueron incautados durante las inspecciones, cabe cuestionarse la motivación utilizada por el Tribunal General, en el marco del presente recurso de casación, en diversos aspectos.

97. En primer lugar, ha de examinarse si el Tribunal General no erró al atribuir a la Groupement en su conjunto determinadas declaraciones realizadas por las entidades líderes con carácter previo a la elaboración de las medidas controvertidas. En segundo lugar, debe examinarse la relevancia atribuida a esas declaraciones en la apreciación del contenido de las medidas y, por último, su pertinencia a efectos de la identificación de una restricción por el objeto.

98. En primer término, por lo que respecta a la cuestión de si las declaraciones realizadas por las entidades líderes expresaban efectivamente la voluntad de la Groupement en sí, me parece bastante convincente el argumento según el cual el Tribunal General cometió un error de Derecho al equiparar la intención de la Groupement con las declaraciones de sus entidades líderes.

99. En este sentido, conviene observar que el Tribunal General se limitó a señalar que, «habida cuenta de que las entidades líderes son miembros de la instancia informal, [el Comité de orientación monética], que preparó las medidas controvertidas, y del Consejo de Administración que las adoptó, la intención manifestada por las entidades líderes se corresponde en esencia con la de la Groupement en cuanto se refiere a la adopción de dichas medidas» (apartado 256 de la sentencia recurrida). De ello concluye que la Comisión no se contradijo al calificar las medidas controvertidas de decisión de una asociación de empresas y reconocer con ello que constituían la expresión de la voluntad de la Groupement, al mismo tiempo que se basaba en las declaraciones de las entidades líderes para corroborar que tenían por objeto excluir a los nuevos miembros (apartado 257 de la sentencia recurrida).

100. Ahora bien, para confirmar la validez de la conclusión a la que había llegado la Comisión en cuanto a la imputabilidad de las declaraciones de las entidades líderes al conjunto de la Groupement, el Tribunal General, a mi juicio, tendría que haber comprobado que las declaraciones realizadas por algunos líderes expresaban *fielmente* la voluntad de la Groupement, a falta de lo cual no podían vincularse a la decisión de una asociación de empresas que constituía el objeto del

procedimiento.[40] Conviene destacar a este respecto que, tal y como indicó el Tribunal General en el apartado 7 de la sentencia recurrida, el comité de orientación monética es una instancia informal carente de potestad decisoria.

101. En segundo término, por lo que atañe al peso que se atribuyó a la intención reflejada en las declaraciones de las entidades líderes a la hora de determinar que las medidas controvertidas tenían un objeto contrario a la competencia, dista mucho de ser evidente la conclusión del Tribunal General de que la Comisión se había basado únicamente con fines de confirmación en los documentos incautados durante las inspecciones que contenían las declaraciones realizadas por las entidades líderes durante la preparación de las medidas controvertidas (apartados 134 y 267 de la sentencia recurrida).

102. Ciertamente, si atendemos a la estructura de la parte de la Decisión controvertida dedicada al examen de la existencia de una restricción por el objeto,[41] se observa que la Comisión, en un primer momento, manifiesta que la propia fórmula de las medidas contradice los objetivos declarados en la notificación[42] y, en un segundo momento, expone por qué razones, según ella, el objetivo de restringir la competencia que se desprende de la propia fórmula de las medidas se corresponde perfectamente con los verdaderos objetivos de las medidas, expresados en las declaraciones de los líderes durante su preparación.[43] La Comisión señaló asimismo que el «objeto contrario a la competencia del MERFA resultaba confirmado por las declaraciones realizadas por los líderes durante el período de preparación de las medidas».[44]

103. No obstante, parece que la Comisión atribuyó, en definitiva, tanta importancia a los documentos producidos durante la «génesis» de las medidas controvertidas como al examen de la fórmula de aplicación de éstas.

104. Considero que esto se observa con bastante claridad en los considerandos 193 y 198 de la Decisión controvertida, que, resumiendo el planteamiento seguido por la Comisión para determinar el objeto contrario a la competencia, aluden a los documentos preparatorios. Por otra parte, y como destacó SG en sus escritos procesales, la parte dedicada al examen de las fórmulas tiene por objeto aportar la prueba negativa de que las medidas controvertidas no se correspondían con su objetivo oficial. La prueba positiva del objeto contrario a la competencia de estas medidas se basa en gran medida en los elementos materiales extraídos de los documentos preparatorios procedentes de las entidades líderes.[45]

105. Del mismo modo, parece que, para interpretar el contenido de las medidas controvertidas, el Tribunal General asumió las conclusiones relativas a las fórmulas utilizadas en ellas, interpretadas a la luz de los documentos incautados durante las inspecciones en los que se recogían las declaraciones de las entidades líderes.[46]

106. Sea como fuere, parece indispensable determinar, en tercer término, si las declaraciones de las entidades líderes, como elemento de la génesis de las medidas controvertidas, podían considerarse pertinentes para concluir la existencia de una restricción por el objeto.

40 — Véase, en este sentido, la sentencia Wouters y otros, antes citada, apartado 64.

41 — Puntos 193 a 251 de la Decisión controvertida.

42 — Parte 10.2.1.1, que corresponde a los puntos 199 a 234 de la Decisión controvertida.

43 — Parte 10.2.1.2, que corresponde a los puntos 235 a 250 de la Decisión controvertida.

44 — Punto 234 de la Decisión controvertida.

45 — Véase también la presentación del contenido de la Decisión controvertida recogida en los apartados 35 y 36 de la sentencia recurrida.

46 — Véase, en particular, el apartado 186 de la sentencia recurrida.

107. A este respecto, mi opinión es que esas declaraciones, aun en el supuesto de que fueran representativas de las intenciones de la Groupement, lo que a mi juicio debe descartarse (véase el punto 100 de las presentes conclusiones), no podían considerarse suficientes para probar la existencia de un acuerdo contrario a la competencia ni, *a fortiori*, de un acuerdo que implicara una restricción por el objeto.

108. Ciertamente, de la jurisprudencia se desprende claramente que, aun cuando la intención de las partes no constituye un elemento necesario para determinar que un acuerdo tiene carácter restrictivo, nada impide a las autoridades de defensa de la competencia ni a los órganos jurisdiccionales nacionales y de la Unión tomarla en consideración. [47]

109. A mi juicio, esa posibilidad de tener en cuenta la intención expresada por las partes no puede concebirse más que a título complementario o por añadidura, pero en ningún caso podrá reemplazar al examen detallado de los términos y los objetivos de los comportamientos censurados. Del mismo modo que las partes de un acuerdo no pueden ampararse en la falta de intención de infringir la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1, [48] tampoco basta con que exista constancia de esa intención para concluir que las medidas que las partes han adoptado tienen un objeto contrario a la competencia. La intención expresada por las partes nunca debería tomarse en consideración cuando se trata, como en este caso, de evaluar el impacto contrario a la competencia de los comportamientos de las empresas.

110. En efecto, opino que para decidir si existe un «objeto contrario a la competencia» se requiere un examen genuinamente objetivo e independiente de la voluntad de las partes. Por la misma razón, considero que las intenciones que hubieran podido manifestar las empresas participantes en un supuesto acuerdo, exactamente igual, por lo demás, que los objetivos legítimos que las mismas pudieran perseguir, no son directamente pertinentes a la hora de examinar si ese acuerdo, sea cual fuere la forma que adopte, tiene un «objeto» contrario a la competencia.

111. Por último, dentro de esta parte del presente motivo, la recurrente aduce que el Tribunal General ha desnaturalizado los elementos probatorios aportados. Esta desnaturalización radica, en su opinión, en que, además de los documentos que acreditan que no era necesariamente difícil desarrollar la actividad de adquisición, la Comisión realizó una selección arbitraria de las declaraciones de las entidades líderes.

112. En este sentido, cabe recordar que, en principio, incumbe exclusivamente al Tribunal General apreciar el valor de los elementos probatorios que se le presentan. La desnaturalización de esos elementos exige que el Tribunal General haya sobrepasado manifiestamente los límites de una apreciación razonable de esos elementos probatorios, [49] lo cual debe desprenderse claramente de los documentos obrantes en los autos, sin que sea necesario proceder a una apreciación de dichos elementos. Cuando un demandante alega la desnaturalización de los elementos de prueba por parte del Tribunal General, está obligado a indicar de manera precisa los elementos que, en su opinión, han sido desnaturalizados por éste y a demostrar los errores de análisis que, en su apreciación, han llevado al Tribunal General a dicha desnaturalización. [50]

47 — Véase, en este sentido, la sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros, antes citada, apartado 37 y jurisprudencia citada.

48 — Véase, en particular, la sentencia General Motors/Comisión, antes citada, apartado 77 y jurisprudencia citada.

49 — Véanse las sentencias de 10 de febrero de 2011, Activision Blizzard Germany/Comisión (C-260/09 P, Rec. p. I-419), apartado 57, y de 4 de julio de 2013, Comisión/Aalberts Industries y otros (C-287/11 P), apartado 52.

50 — Véase, en este sentido, 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, Rec. p. I-123), apartado 50.

113. En este caso, la desnaturalización de las pruebas alegada no se desprende manifiestamente de los documentos obrantes en los autos. Por otra parte, la recurrente no indica con precisión qué documentos, en su opinión, demuestran esa desnaturalización. Según su argumentación, y aunque alega la desnaturalización de los elementos probatorios, parece más bien que la recurrente pretende que se realice una nueva apreciación de éstos, apreciación para la que el Tribunal de Justicia no es competente.

114. Del conjunto de estas consideraciones resulta que si nos atenemos al examen de los propios términos de las medidas controvertidas, tal como los reproduce el Tribunal General, es difícilmente comprensible la conclusión de que la Comisión probó de manera suficiente en Derecho el carácter contrario a la competencia de dichas medidas por su objeto.

ii) Sobre la segunda parte, relativa al examen del objetivo de las medidas

115. La recurrente sostiene que el Tribunal General incurrió en errores de Derecho en la apreciación de los objetivos de las medidas controvertidas. En concreto, alega que el Tribunal General cometió un error porque, pese a reconocer que la lucha contra el parasitismo en el seno del sistema CB constituía un objetivo legítimo, se negó a tomarlo en consideración a los efectos del artículo 81 CE, apartado 1. En su opinión, el Tribunal General tenía que haber reconocido que no había restricción de la competencia por el objeto, dado que las medidas de la Groupement conducían a un estímulo de la actividad de adquisición y a la búsqueda del equilibrio óptimo entre las actividades de adquisición y de emisión. La recurrente aduce que dichas medidas, con arreglo al principio de proporcionalidad, eran adecuadas, puesto que consistían en medidas sistémicas adoptadas en interés del conjunto del sistema CB, y equilibradas, puesto que dejaban libertad a cada miembro de la Groupement para elegir la opción adecuada a su situación individual.

116. Como se desprende de la jurisprudencia, para determinar si un acuerdo incurre en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, procede examinar fundamentalmente la finalidad objetiva que pretende alcanzar. [51]

117. Conviene recordar que esa finalidad objetiva, que debe desprenderse claramente de las medidas controvertidas, no puede confundirse en ningún caso con la intención subjetiva de restringir o no la competencia o con los objetivos legítimos que las empresas afectadas puedan perseguir. Se reconoce con carácter general que un acuerdo puede considerarse restrictivo de la competencia por su objeto aun cuando persiga otros objetivos legítimos. [52]

118. En el presente asunto, ¿cómo habría que valorar las medidas de fijación de precios adoptadas por la Groupement?

119. En contra de lo que la Comisión dio a entender en la vista, difícilmente puede afirmarse que el mecanismo MERFA presente una nocividad tan elevada que sea equiparable a un cártel [53] en materia de precios que, como tal, se considera lesivo para la competencia. Asimismo, por las razones expuestas anteriormente, las medidas consideradas en el presente asunto, que no incluyen ningún mecanismo dirigido a favorecer la salida del mercado de determinados competidores, no me parecen comparables a las medidas de racionalización del mercado de referencia del asunto que dio lugar a la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada.

51 — Véase la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 21.

52 — Por ejemplo, los objetivos legales de política comercial (sentencia General Motors/Commission, antes citada, apartado 64) o de protección de la salud pública y reducción del coste del control de conformidad (sentencia de 8 de noviembre de 1983, IAZ International Belgium y otros/Comisión, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369, apartado 25), y las medidas dirigidas a hacer frente a una crisis sectorial (sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, apartado 21).

53 — Sin embargo, parece que la Comisión partió en un primer momento de la equiparación de las medidas controvertidas a un cártel entre la Groupement y sus entidades líderes (véase el punto 7 de las presentes conclusiones), calificación que abandonó después en el curso de la investigación.

120. Según se desprende de la sentencia recurrida, con las medidas controvertidas se pretendía esencialmente implantar un sistema de pagos adicionales por los miembros de la Groupement que, tanto en la fase de acceso como en la de uso del sistema CB, se mostraran más activos como emisores de tarjeta CB (actividad de emisión de tarjetas de pago y/o retirada de efectivo por los titulares de tarjetas) que como adquirentes (actividad de afiliación de comerciantes con número SIREN y explotación de CA).

121. Según la Groupement, el conjunto de estas medidas estaba concebido para proteger el sistema CB frente a los fenómenos de parasitismo económico resultantes de la actividad de bancos que desarrollaban principalmente una actividad de emisión de tarjetas y se beneficiaban, sin contrapartida alguna, de las ventajas derivadas de las inversiones realizadas por otros miembros del sistema en el ámbito de la adquisición.

122. Ahora bien, aunque es un hecho reconocido, como admite el propio Tribunal General (véanse en particular los apartados 76 y 77 de la sentencia recurrida), que la lucha contra el parasitismo puede constituir un objetivo legítimo, una consideración de esta índole no es directamente pertinente para determinar si existe una restricción de la competencia por el objeto en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1.

123. En consecuencia, no considero que el Tribunal General haya errado en absoluto al concluir que el objetivo de la lucha contra el parasitismo no podía tomarse en consideración, con carácter general, en la fase de examen de las medidas a la luz del artículo 81 CE, apartado 1, pero sí dentro del examen de la posibilidad de conceder una exención en aplicación del artículo 81 CE, apartado 3.

124. No obstante, esta conclusión únicamente me parece procedente una vez que se haya constatado con claridad, tras un examen detallado, que las medidas objeto de litigio tienen un objeto contrario a la competencia. Es precisamente el hecho de que un comportamiento tenga manifiestamente un objeto contrario a la competencia lo que hace que resulte de todo punto irrelevante si persigue o no otros fines.

125. En el supuesto contrario, es decir, cuando no se haya constatado con claridad que existe una restricción de la competencia por el objeto —como me parece que ocurre en este asunto—, habrá de procederse al examen de los efectos contrarios a la competencia y, en ese contexto, evaluar la necesidad y la proporcionalidad de las medidas en atención al objetivo perseguido con las mismas. [54]

126. No obstante, me parece difícil apreciar que las medidas controvertidas presenten el grado de nocividad requerido por la jurisprudencia.

127. En primer lugar, en ningún momento se ha discutido que estas medidas se adoptaron para estimular la actividad de adquisición dentro de un sistema de pago que presentaba dos facetas vinculadas por la existencia de efectos de red. Como indica el Tribunal General en el apartado 102 de la sentencia recurrida, la propia Comisión observó que las actividades de emisión y de adquisición resultaban indispensables tanto recíprocamente como para el funcionamiento en general del sistema de pago con tarjetas CB, dado que, por una parte, los comerciantes no aceptarían adherirse al sistema de pago con tarjetas CB si el número de titulares de tarjetas fuera demasiado reducido, mientras que, por otra parte, los consumidores no tendrían interés en poseer la tarjeta si no pudieran utilizarla en un número suficiente de comercios.

54 — Véase la sentencia de 28 de enero de 1986, Pronuptia de Paris (161/84, Rec. p. 353), apartados 15 a 17, y de 15 de diciembre de1994, DLG (C-250/92, Rec. p. I-5641).

128. Así pues, con las medidas objeto de litigio se pretendía obtener una contribución económica de los miembros que estaban obteniendo beneficios directos, en su actividad de emisión de tarjetas, de la adhesión al sistema de pago como consecuencia de los esfuerzos realizados por otros miembros en el plano de la «adquisición». En esencia, estas medidas, y en particular el MERFA, constituyen un mecanismo dirigido a pedir una contribución económica a los miembros poco activos en el plano de la «adquisición».

129. Pues bien, no me parece que constituya un objeto contrario a la competencia imponer una contribución económica a los miembros de una red que se benefician, sin contrapartida, de los esfuerzos realizados por los demás miembros en el desarrollo de la red.

130. Es cierto que el importe de las cuotas exigidas en el presente asunto o las dificultades a que se enfrentan algunos operadores para desarrollar la actividad de adquisición pueden provocar un efecto de exclusión de aquellos operadores que no paguen las cuotas impuestas en aplicación de las medidas controvertidas. No obstante, y salvo que se traiga a colación la teoría de las «infraestructuras esenciales», [55] la cual no ha sido invocada en ningún momento por la Comisión en el presente asunto [56] y cuya aplicabilidad me parece, en todo caso, dudosa, [57] ello no parece censurable desde el punto de vista de la competencia.

131. Sea como fuere, aun cuando no pueda descartarse que las medidas controvertidas tengan el efecto de incitar a algunos miembros de la Groupement a limitar sus actividades de emisión o a incrementar su actividad de adquisición, opción esta última que resultaba difícil en las circunstancias concretas y podía por ello inducir a la salida del sistema, procedería en todo caso analizar este aspecto en el marco del examen de los efectos potencialmente contrarios a la competencia de las medidas, pero no en el de su objeto. Mi opinión es que los efectos de exclusión que implican las medidas de fijación de precios como las controvertidas en el presente asunto únicamente pueden analizarse en la fase del examen del efecto contrario a la competencia.

132. Ante todo, he de confesar mi perplejidad en cuanto a la lectura que tanto la Comisión como el Tribunal General hacen de las medidas controvertidas adoptadas por la Groupement, que estaban dirigidas al conjunto de los miembros de ésta, los cuales, como se ha puesto de manifiesto, son bien entidades líderes, bien miembros asociados o vinculados a los líderes. [58] Habida cuenta de que afectaban directa o indirectamente al conjunto de los miembros de la Groupement, me resulta difícil percibir cómo podían estas medidas de fijación de precios contener un mecanismo contrario a la competencia por naturaleza y cómo podían haberse calculado de tal forma que dejaran fuera de su aplicación a las entidades líderes. [59]

133. De estas consideraciones se desprende que, al igual que ocurre con los términos de las medidas controvertidas, los objetivos de las mismas no ofrecen punto de apoyo alguno para concluir que la Comisión actuó acertadamente en este asunto al declarar que existía una restricción por el objeto.

55 — Cabe recordar que, en virtud de esta teoría, quien posee un recurso o una estructura deben ponerla a disposición de sus competidores cuando el acceso a esa estructura resulte indispensable para ejercer su actividad (véase, en este sentido, la sentencia de 29 de abril de 2004, IMS Health, C-418/01, Rec. p. I-5039).

56 — Véase, en este sentido, la sentencia recurrida, apartados 66 y 224.

57 — En su XXX Informe sobre la política de competencia 2000, la propia Comisión había indicado que «la Comisión está convencida de que el sistema "CB" no es una "infraestructura esencial" y de que, por lo tanto, la Groupement puede decidir si concede el acceso a sus competidores (siempre que no discrimine entre ellos)» (apartado 207 de dicho informe).

58 — Véase el apartado 3 de la sentencia recurrida, que recoge el punto 29 de la Decisión controvertida.

59 — Véase el apartado 130 de la sentencia recurrida. Tanto en su escrito de contestación como en la vista, BNP Paribas subrayó que lo que justificó la calificación de infracción por objeto fue especialmente el postulado, en su opinión erróneo, de que todas las entidades líderes quedaban exentas de la aplicación de las medidas. Según BNP Paribas, al confirmar este postulado, el Tribunal General incumplió su obligación de motivación.

iii) Sobre la tercera parte, relativa al examen del contexto de la elaboración de las medidas

134. La recurrente afirma que el Tribunal General cometió varios errores al analizar el contexto en el que se enmarcan las medidas controvertidas.

135. En primer lugar, la recurrente alega que el Tribunal General incurrió en un error al considerar el contexto jurídico haciendo una interpretación errónea, por una parte, de la jurisprudencia relativa a las restricciones de la competencia por el objeto y, en especial, de la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, y, por otra parte, de los aspectos considerados en la práctica decisoria anterior. A este respecto, sostiene que la sentencia recurrida adolece de una motivación contradictoria, habida cuenta de que el Tribunal General, en los apartados 94 y 99 de la sentencia, afirmó, por un lado, que las prácticas examinadas en las dos sentencias «Visa» [60] eran claramente diferentes de las examinadas en el presente asunto y, por otro lado, que esas dos sentencias hacían referencia a «situaciones similares o idénticas». En su opinión, el error de análisis resulta igualmente del hecho de que la propia Comisión aceptara discutir posibles compromisos en virtud del artículo 9 del Reglamento nº 1/2003, es decir, medidas «que respond[ier]an a [sus] inquietudes» y que no constituyen como tal una infracción de las normas sobre competencia.

136. En segundo lugar, la recurrente considera que el Tribunal General incurrió en errores de Derecho al considerar el contexto económico, en particular por haber obviado el funcionamiento bifronte de los sistemas de pago con tarjetas CB.

137. En tercer lugar, la recurrente aduce que el Tribunal General cometió errores de Derecho en su consideración del contexto económico al abstenerse de ejercer el control sobre las apreciaciones económicas complejas. En su opinión, en este caso el Tribunal General no efectuó ese control mínimo y objetivo de las apreciaciones económicas contenidas en la Decisión controvertida, sino que se limitó, en los apartados 320 y 321 de la sentencia recurrida, a desechar determinados estudios económicos presentados por la Groupement basándose en que se contradecían supuestamente con otros estudios.

138. Del examen de las dos primeras partes de este motivo se desprende que, si nos atenemos al contenido de las medidas controvertidas y al objetivo que se pretendía alcanzar con ellas, no se ha probado la existencia de una restricción de la competencia por el objeto en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1.

139. En estas circunstancias, los elementos tomados del contexto económico y jurídico [61] en el que se inscribe la elaboración de las medidas no deberían ser por sí solos prueba suficiente de la existencia de un objeto contrario a la competencia. Como ya he indicado anteriormente, el examen del contexto no puede en modo alguno paliar la falta de identificación efectiva de un objeto contrario a la competencia (véase el punto 44 de las presentes conclusiones).

140. En aras de la exhaustividad, conviene no obstante subrayar lo siguiente.

141. Por lo que atañe, en primer lugar, a la consideración del contexto jurídico, ya he indicado que la experiencia adquirida, entendida en sentido amplio, es uno de los parámetros que deben tenerse en cuenta para poder concluir que existe una restricción por el objeto (véanse los puntos 55 y siguientes de las presentes conclusiones).

60 — Decisiones de la Comisión relativas a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 del Tratado CE y el artículo 53 del Acuerdo sobre el EEE, a saber, Decisión 2001/782/CE, de 9 de agosto de 2001 (Asunto COMP/D1/29.373 — Visa Internacional) (DO L 293, p. 24; en lo sucesivo, «Decisión Visa 2001»), y Decisión 2002/914/CE, de 24 de julio de 2002 (Asunto COMP/29.373 — Visa Internacional — Tasa multilateral de intercambio) (DO L 318, p. 17; en lo sucesivo, «Decisión Visa 2002»).

61 — Aunque las objeciones formuladas por la recurrente se articulan en tres puntos, opino que el tercero, que critica la omisión por el Tribunal General del control sobre las apreciaciones económicas complejas, es fácilmente reconducible al relativo al examen del contexto económico.

142. No obstante, si bien en los casos de restricciones patentes y/o evidentes que tienen, con toda probabilidad, un impacto sobre la competencia, la experiencia adquirida puede corroborar que ciertos tipos de cooperación revisten sin lugar a dudas un carácter intrínsecamente perjudicial para la competencia, no estoy seguro de que se pueda extraer siempre un argumento sólido de la práctica decisoria de la Comisión. El hecho de que la Comisión no haya estimado en el pasado que cierto tipo de acuerdo, por su propio objeto, es restrictivo de la competencia no significa que no pueda hacerlo en el futuro, a raíz de un examen individual y detallado de las medidas controvertidas.

143. En el presente caso, las posturas adoptadas hasta el momento por la Comisión frente a otros acuerdos celebrados en relación con sistemas de pago, en especial las adoptadas en las Decisiones Visa 2001 y Visa 2002, aun suponiendo que versaran sobre medidas prácticamente idénticas a las examinadas en el presente asunto, no prejuzgan necesariamente si dichas medidas tenían un carácter restrictivo por su objeto.

144. Es indudable que se requería examinar con atención los motivos que justificaban la decisión de la Comisión de apartarse de las conclusiones adoptadas hasta entonces en su práctica decisoria respecto del mercado de los sistemas de pago. Incumbía, en particular, al Tribunal General comprobar si las medidas controvertidas, en contraste con otras adoptadas en el mismo mercado y cuya semejanza, al menos parcial, había reconocido el propio Tribunal General,[62] presentaban un grado tan elevado de nocividad que debía concluirse que tenían un objeto contrario a la competencia.

145. En cuanto al carácter de precedente que supuestamente puede atribuirse en este asunto a la sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citada, como he señalado ya en los puntos 69 a 73 de las presentes conclusiones, soy de la opinión de que dicho asunto se diferencia nítidamente del presente en varios aspectos.

146. En segundo lugar, por lo que respecta a la consideración del contexto económico, la Groupement reprocha, en esencia, al Tribunal General que no tuviera debidamente en cuenta las características del sistema CB y, específicamente, su carácter bifronte.

147. En este sentido, mi opinión es que, aun en el supuesto de que los términos y objetivos de las medidas controvertidas hubieran podido llevar a concluir que tenían un carácter contrario a la competencia, los elementos del contexto habrían debilitado necesariamente esa conclusión.

148. A este respecto, cabe recordar que, para constatar la existencia de una restricción por el objeto, la Comisión no puede limitarse a un examen abstracto, sobre todo tratándose de una restricción no manifiesta.

149. La toma en consideración de las interacciones existentes entre las facetas de «emisión» y «adquisición» en el marco del examen del contexto en que se elaboraron las medidas para determinar si implican o no una restricción de la competencia por el objeto es, en mi opinión, bien distinta de la relacionada con la definición del mercado de referencia. Ciertamente, no se trata de poner en cuestión la afirmación de que los mercados de la emisión y la adquisición son diferentes, sino de examinar si se ha tenido suficientemente en cuenta el contexto económico en que se elaboraron las medidas.

62 — Ello no obstante, se observa una ligera contradicción entre la conclusión sostenida en el apartado 94 de la sentencia recurrida, según la cual las medidas controvertidas en las Decisiones Visa 2001 y Visa 2002 no podían considerarse comparables, y la conclusión a que se llega en el apartado 99 de la misma sentencia, según la cual «la obligación de motivación no significa que la Comisión, aparte de motivar su decisión por referencia al expediente del asunto de que se trata, deba exponer las razones específicas por las que ha llegado a una conclusión diferente a la adoptada en un asunto anterior relativo a situaciones similares o idénticas o a los mismos operadores económicos».

150. En el presente asunto, y como recordó la recurrente ante el Tribunal General, para el buen funcionamiento del sistema CB era necesario que las actividades de emisión y de adquisición se ejercieran de forma equilibrada. Desde esta perspectiva, no debe excluirse la posibilidad de tener en cuenta la contribución respectiva de cada uno de los miembros al desarrollo de cada una de estas funciones. Con independencia de que se trate de miembros antiguos o de nuevos participantes en el sistema, todo miembro de la Groupement cuya actividad en el sistema CB se desarrolle primordial o exclusivamente en el ámbito de la emisión se beneficiará de las inversiones realizadas para desarrollar el ámbito de la «adquisición», que constituye un pilar necesario para la supervivencia del sistema.

3. Conclusión

151. Para concluir, el Tribunal General ha incurrido en un error de Derecho, por una parte, al realizar y aplicar una interpretación no restrictiva del concepto de restricción por el objeto y, por otra parte, al aplicar precisamente ese planteamiento en su examen del contenido, los objetivos y el contexto de la elaboración de las medidas objeto de litigio.

152. En particular, el Tribunal General no verificó si la Comisión, habida cuenta de los términos, los objetivos y el contexto de la elaboración de las medidas controvertidas, concluyó de forma ajustada a Derecho que éstas presentaban un grado de nocividad tan elevado que podía presumirse que tenían efectos contrarios a la competencia.

153. Así pues, la sentencia recurrida debe ser objeto de crítica en este aspecto, lo que podría ser suficiente para anularla.

154. Dado que el Tribunal General no juzgó necesario examinar si las medidas controvertidas tenían efectos contrarios a la competencia, sería conveniente devolver el presente asunto a dicho órgano jurisdiccional.

155. No obstante, y para el caso de que el Tribunal de Justicia no comparta mi conclusión, a continuación examinaré brevemente los motivos segundo y tercero invocados por la recurrente en el presente recurso de casación.

B. *Sobre el segundo motivo, basado en un error de Derecho en la aplicación del concepto de restricción por el efecto*

156. La recurrente, con el apoyo de BNP Paribas, destaca que, de los 455 apartados de que consta la sentencia recurrida, tan sólo cuatro están dedicados al examen de los efectos de las medidas controvertidas. Señala que, además de incurrir en un error de Derecho en su examen de la existencia de una restricción de la competencia por el efecto, el Tribunal General no respondió de forma suficiente en Derecho al conjunto de los argumentos formulados por la recurrente, incumpliendo la obligación de motivación que le incumbe conforme a los artículos 36 y 53, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sostiene, en particular, que la Comisión no logró probar que las medidas controvertidas hubieran provocado efectivamente la salida del mercado de nuevos miembros ni una limitación de sus actividades de emisión de tarjetas CB.

157. En el presente caso, dado que el Tribunal General precisamente no examinó si las medidas controvertidas tenían efectos contrarios a la competencia, y en el supuesto de que se declare, en contra de mi propuesta, que el Tribunal General, sin incurrir en error de Derecho, podía concluir que dichas medidas tenían por «objeto» restringir la competencia en el sentido del artículo 81 CE,

apartado 1, debe desestimarse el segundo motivo por inoperante.[63]

158. Efectivamente, según jurisprudencia reiterada[64] y en la línea de lo ya expuesto, una vez comprobado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no ha lugar a investigar si tiene o no efectos contrarios a la competencia.

159. Así pues, el Tribunal General no incurrió en error de Derecho al declarar, en los apartados 269 a 272 de la sentencia recurrida, que procedía desestimar por inoperante el motivo basado en los supuestos errores de Derecho, de hecho y de apreciación en el examen de las medidas controvertidas, dado que había concluido que dichas medidas tenían por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común, en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1.

160. Por otra parte, no cabe reprochar al Tribunal General el incumplimiento de su obligación de motivación a este respecto. En este caso, al estimar oportuno el Tribunal General, como le autoriza a hacer la jurisprudencia, limitarse al examen de la existencia de un objeto contrario a la competencia, no estaba obligado a exponer las razones por las que debía considerarse que las medidas controvertidas tenían, además, un efecto contrario a la competencia.

161. Por otra parte, en el marco del presente procedimiento no incumbe al Tribunal de Justicia examinar si, a pesar del eventual objeto contrario a la competencia de las medidas, podía considerarse que éstas tenían efectos contrarios a la competencia. En particular, no incumbe al Tribunal de Justicia comprobar si la Comisión consiguió probar que las medidas controvertidas habían provocado la salida del mercado de nuevos miembros o la limitación de sus planes de emisión dentro del sistema CB. Esta conclusión resulta especialmente reforzada por el hecho, ya mencionado anteriormente,[65] de que la Comisión dedicó una parte sustancial de la Decisión controvertida al examen de los efectos producidos por las medidas controvertidas.

162. En definitiva, opino que este motivo no puede prosperar en ningún caso.

C. *Sobre el tercer motivo, basado en que el Tribunal General violó los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica al no anular la orden conminatoria contenida en el artículo 2, párrafo segundo, de la Decisión controvertida*

163. La recurrente, a la que se adhiere BNP Paribas, sostiene que, al no anular la orden conminatoria contenida en el artículo 2, párrafo segundo, de la Decisión controvertida, por la que se instaba a la Groupement a abstenerse en el futuro de adoptar cualquier medida o comportamiento con un objeto u efecto idéntico o similar a los de las medidas controvertidas, el Tribunal General violó los principios de proporcionalidad y de seguridad jurídica.

164. Por lo que respecta, en primer lugar, al principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 5 TUE, apartado 4, la recurrente recuerda que, conforme al artículo 7, apartado 1, del Reglamento nº 1/2003, el Tribunal General tendría que haber declarado que la obligación impuesta por la Comisión no resultaba necesaria en relación con el fin perseguido, que era «poner fin a la infracción constatada», por cuanto la Groupement, ya antes de la adopción de la Decisión controvertida, había suspendido las medidas controvertidas, y aquélla exige, en el primer párrafo de su artículo 2, que se ponga fin inmediatamente a la infracción mediante la retirada de las medidas de

63 — En este sentido, el Tribunal de Justicia ha precisado que la atribución de prioridad al examen de los argumentos relacionados con el objeto contrario a la competencia frente a los relativos a su efecto contrario a la competencia está especialmente justificada en atención a que, si se acredita la existencia de error de Derecho en la apreciación del objeto de un acuerdo, habría de desestimarse el recurso basado en los motivos de la sentencia recurrida relativos al efecto contrario a la competencia del acuerdo (véase la sentencia GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros, antes citada, apartado 56).

64 — Véanse las sentencias LTM y Beef Industry Development Society y Barry Brothers, antes citadas (punto 16 *supra*).

65 — Véase el punto 2 *supra*.

fijación de precios notificadas. Se aduce asimismo que el Tribunal General tendría que haber declarado que la orden conminatoria controvertida resultaba desproporcionada en la medida en que se refiere a medidas con un efecto «similar». La necesidad de circunscribir más estrechamente el alcance de la orden conminatoria resulta, según la recurrente, especialmente crucial en un asunto como el presente, en el que las medidas controvertidas suscitan divergencias de análisis fundamentales entre el Tribunal General y la Groupement.

165. A continuación, y por lo que respecta al principio de seguridad jurídica, la recurrente considera que el Tribunal General tendría que haber declarado que la Decisión controvertida contenía una ambigüedad fundamental en cuanto al alcance de la orden conminatoria dictada, que generaba inseguridad jurídica para la Groupement en cuanto a las medidas que le estaba permitido adoptar en el futuro para garantizar su competitividad y su desarrollo. Según la recurrente, la incertidumbre radicaba en el carácter sumamente general e impreciso de la calificación de las medidas prohibidas a la Groupement en el futuro, que podían abarcar toda medida de reequilibrio que se estimara necesaria en el futuro para reforzar la posición competitiva del sistema CB o garantizar su desarrollo. Así pues, se impedía con ello a la Groupement tomar medidas para luchar contra los fenómenos de parasitismo de que adoleciera el sistema.

166. Procede observar que, mediante su tercer motivo, la recurrente censura a la Comisión que no delimitara suficientemente el alcance de la orden conminatoria dictada en el segundo párrafo del artículo 2 de la Decisión controvertida, sin identificar ningún error de Derecho en que hubiera incurrido el Tribunal General, especialmente en relación con la interpretación que debía hacerse de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

167. Es evidente que este motivo recoge en lo sustancial los argumentos formulados en apoyo del recurso interpuesto ante el Tribunal General, en concreto en la segunda parte del sexto motivo,[66] razón que ha de bastar para declararlo inadmisible.

168. Una vez hecha esta precisión, cabe señalar que este motivo plantea una cuestión interesante, estrechamente relacionada con el examen del primer motivo, acerca de la facultad de dictar órdenes conminatorias que se atribuye a la Comisión y del control del ejercicio de esa facultad que incumbe al Tribunal General.

169. Efectivamente, si las partes coinciden, en mi opinión, en la aplicabilidad de los principios de proporcionalidad y seguridad jurídica, se plantea la cuestión de cuál es el alcance de esos principios cuando la Comisión declara que existe un acuerdo restrictivo «por el objeto» en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1.

170. Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad, la necesidad de garantizar la eficacia de una decisión que constata la existencia de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, me lleva a concluir que, una vez demostrada claramente la existencia de una restricción «por el objeto», la Comisión está facultada para conminar a las empresas implicadas no sólo a que suspendan y revoquen la ejecución de las medidas controvertidas, sino también a que se abstengan de adoptar en el futuro toda medida de objeto similar.

171. Para ello es necesario que el objeto «contrario a la competencia» que supuestamente tienen las medidas controvertidas se haya identificado y delimitado claramente, requisito que en mi opinión no se cumple, como he indicado con ocasión del examen del primer motivo.

172. Esta exigencia me parece igualmente válida desde el punto de vista del respeto del principio de seguridad jurídica.

66 — Véanse los apartados 435 a 452 de la sentencia recurrida.

173. Una vez que el objeto contrario a la competencia de las medidas controvertidas resulta suficientemente identificado e identificable, debe reconocerse a la Comisión la facultad de conminar a las empresas implicadas a que se abstengan de cualquier comportamiento similar. La validez de un planteamiento como éste me parece más dudosa cuando el objeto contrario a la competencia no se ha identificado o tan sólo de forma insuficiente o, como ocurre en el presente asunto, cuando las empresas se ven obligadas a determinar por sí mismas el alcance de la orden conminatoria dictada.

V. **Conclusión**

174. A la vista de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que resuelva lo siguiente:

1) Anular la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de noviembre de 2012, CB/Comisión (T-491/07).

2) Devolver el asunto al Tribunal General de la Unión Europea.

3) Reservar la decisión sobre las costas.