Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL GENERAL (Sala Séptima)

de 24 de mayo de 2012*

«Competencia — Decisión de una asociación de empresas — Mercado de los servicios de adquisición de las operaciones realizadas con tarjeta de débito, de débito aplazado y de crédito — Decisión por la que se declara la existencia de una infracción del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE — Tasas multilaterales de intercambio por defecto — Artículo 81 CE, apartados 1 y 3 — Concepto de restricción accesoria — Falta de naturaleza objetivamente necesaria — Restricción de la competencia en virtud de los efectos — Requisitos para la concesión de una exención individualizada — Derecho de defensa — Medida correctora — Multa coercitiva — Motivación — Proporcionalidad»

En el asunto T-111/08,

MasterCard, Inc., con domicilio social en Wilmington, Delaware (Estados Unidos),

MasterCard International, Inc., con domicilio social en Wilmington,

MasterCard Europe, con domicilio social en Waterloo (Bélgica),

representadas por los Sres. B. Amory, V. Brophy, S. McInnes, abogados, y el Sr. T. Sharpe, QC,

partes demandantes,

apoyadas por

Banco Santander, S.A., con domicilio social en Santander, representada por los Sres. F. Lorente Hurtado, P. Vidal Martínez y A. Rodríguez Encinas, abogados,

por

Royal Bank of Scotland plc, con domicilio social en Edimburgo (Reino Unido), representada por el Sr. D. Liddell, Solicitor, el Sr. D. Waelbroeck, abogado, el Sr. N. Green, QC, y el Sr. M. Hoskins, Barrister,

por

HSBC Bank plc, con domicilio social en Londres, representada por los Sres. M. Coleman y P. Scott, Solicitors, y el Sr. R. Thompson, QC,

por

Bank of Scotland plc, con domicilio social en Edimburgo, representada inicialmente por las Sras. S. Kim, K. Gordon y C. Hutton, Solicitors, y posteriormente por el Sr. J. Flynn, QC, y la Sra. E. McKnight y el Sr. K. Fountoukakos-Kyriakakos, Solicitors,

* Lengua de procedimiento: inglés.

por

Lloyds TSB Bank plc, con domicilio social en Londres, representada por la Sra. E. McKnight y el Sr. K. Fountoukakos-Kyriakakos, Solicitors, y el Sr. J. Flynn, QC,

y por

MBNA Europe Bank Ltd, con domicilio social en Chester (Reino Unido), representada por el Sr. A. Davis, Solicitor, y el Sr. J. Swift, QC,

partes coadyuvantes,

contra

Comisión Europea, representada inicialmente por los Sres. F. Arbault, N. Khan y V. Bottka, y posteriormente por los Sres. Khan y Bottka, en calidad de agentes,

parte demandada,

apoyada por

Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, representado inicialmente por las Sras. E. Jenkinson e I. Rao, en calidad de agentes, posteriormente por la Sra. Rao, el Sr. S. Ossowski y la Sra. F. Penlington, y finalmente por la Sra. Rao, el Sr. S. Ossowski y la Sra. C. Murrell, en calidad de agentes, asistidos por los Sres. J. Turner, QC, y J. Holmes, Barrister,

por

British Retail Consortium, con domicilio social en Londres, representado por los Sres. P. Crockford, Solicitor, y A. Robertson, Barrister,

y por

EuroCommerce AISBL, con domicilio social en Bruselas, representada inicialmente por los Sres. F. Tuytschaever y F. Wijckmans, y posteriormente por los Sres. Wijckmans y J. Stuyck, abogados,

partes coadyuvantes,

que tiene por objeto una demanda de anulación de la Decisión C(2007) 6474 final, de 19 de diciembre de 2007, relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 [CE] y en el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/34.579 — MasterCard, Asunto COMP/36.518 — EuroCommerce, Asunto COMP/38.580 — Tarjetas comerciales) y con carácter subsidiario una pretensión de anulación de los artículos 3 a 5 y 7 de esa Decisión,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Séptima),

integrado por el Sr. A. Dittrich, Presidente, y la Sra. I. Wiszniewska-Białecka y el Sr. M. Prek (Ponente), Jueces;

Secretario: Sr. N. Rosner, administrador;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 8 de julio de 2011;

dicta la siguiente

Sentencia

Hechos que dan origen al litigio

I. *Parte demandante*

1 MasterCard es una organización internacional de pago (en lo sucesivo, «organización de pago MasterCard»), representada por varias personas jurídicas, la sociedad holding MasterCard, Inc., y sus dos filiales MasterCard International, Inc., y MasterCard Europe (en lo sucesivo, conjuntamente, «demandantes»).

2 La actividad de las demandantes consiste en la gestión y la coordinación de los sistemas de pagos realizados con tarjetas MasterCard y Maestro (en lo sucesivo, en conjunto, respectivamente, «sistema MasterCard» y «tarjetas MasterCard»), lo que comprende en especial la determinación de las reglas del sistema y la prestación de los servicios de autorización y de compensación para los establecimientos financieros participantes. La emisión de las tarjetas MasterCard y la conclusión de acuerdos de afiliación con comerciantes para su aceptación de los pagos mediante tarjetas MasterCard corresponden a los establecimientos financieros.

3 Antes del 25 de mayo de 2006 el conjunto de la propiedad de la organización de pago MasterCard y los derechos de voto correspondientes pertenecían a los bancos. En esa fecha MasterCard comenzó su cotización en la bolsa de New York (Estados Unidos) a raíz de una oferta pública de suscripción (en lo sucesivo, «IPO»), que modificó su estructura y régimen de gobierno.

II. *Procedimiento administrativo que condujo a la Decisión impugnada*

4 El 30 de marzo de 1992 y el 27 de junio de 1997 respectivamente British Retail Consortium (en lo sucesivo, «BRC») y EuroCommerce AISBL presentaron a la Comisión de las Comunidades Europeas denuncias contra Europay International SA (en lo sucesivo, «Europay»), que pasó a ser posteriormente MasterCard Europe.

5 El 22 de mayo de 1992, en mayo de 1993 y el 8 de septiembre de 1994 Europay realizó varias notificaciones. Les siguió una notificación, con efectos a partir de 1 de julio de 1995, referida al conjunto de los sistemas de pago de Europay.

6 El 13 de abril de 2002, tras enviar un pliego de cargos a Europay y la respuesta de ésta, la Comisión publicó una comunicación conforme al artículo 19, apartado 3, del Reglamento nº 17 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), en la que anunciaba su intención de adoptar un criterio favorable sobre algunas reglas del sistema de Europay, entre las que no figuraban las relativas a las tasas de intercambio por defecto.

7 El 22 de noviembre de 2002 la Comisión inició de oficio una investigación sobre las tasas de intercambio por defecto en el Espacio Económico Europeo (EEE) en relación con las tarjetas comerciales.

8 El 24 de septiembre de 2003 la Comisión envió a las demandantes un pliego de cargos referido a las reglas del sistema MasterCard y sus decisiones sobre las tasas de intercambio por defecto.

9 El 5 de junio de 2004 las demandantes respondieron a ese pliego de cargos.

10 El 21 de junio de 2006 la Comisión envió a las demandantes un pliego de cargos adicional (en lo sucesivo, «PCA»).

11 El 3 y el 4 de julio y el 22 de agosto de 2006 las demandantes tuvieron acceso al expediente de la Comisión.

12 El 15 de octubre de 2006, las demandantes respondieron al PCA (en lo sucesivo, «RPCA»).

13 El 14 y el 15 de noviembre de 2006 se oyó a las demandantes en una audiencia.

14 El 23 de marzo de 2007 la Comisión envió a las demandantes un escrito de exposición de hechos.

15 El 16 de mayo de 2007 las demandantes respondieron al escrito de exposición de hechos.

Decisión impugnada

16 El 19 de diciembre de 2007 la Comisión adoptó la Decisión C(2007) 6474 final, relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 81 [CE] y en el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/34.579 — MasterCard, Asunto COMP/36.518 — EuroCommerce, Asunto COMP/38.580 — Tarjetas comerciales) (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»), cuyos aspectos esenciales se reproducen a continuación.

I. *Sistema cuatripartito de tarjetas bancarias y de tasas de intercambio*

17 La Comisión recuerda que un sistema cuatripartito de tarjetas bancarias, también calificado como sistema abierto, como el sistema MasterCard, se diferencia de los sistemas tripartitos en que, en el sistema cuatripartito, el establecimiento financiero emisor de la tarjeta bancaria (en lo sucesivo, «banco emisor» o «emisor») puede ser diferente del establecimiento financiero que presta a los comerciantes los servicios de adquisición, es decir, los servicios que les permiten aceptar las tarjetas como medio de pago de las operaciones (en lo sucesivo, «banco de adquisición» o «adquirente») (considerandos 234 a 249 de la Decisión impugnada).

18 Las tasas de intercambio conciernen a las relaciones entre banco emisor y banco de adquisición con ocasión del pago de las operaciones con tarjeta y corresponden a una cantidad deducida en beneficio del banco emisor. Deben diferenciarse de los gastos facturados por el banco de adquisición a los comerciantes [«merchant service charge», gastos por servicios al comerciante (en lo sucesivo, «MSC»)].

19 La Comisión puso de relieve que la organización de pago MasterCard no exige usualmente a los bancos emisores un modo específico de utilización del producto de las tasas de intercambio ni controla de forma sistemática el uso que hacen de ellas (considerando 138 de la Decisión impugnada). También constató que las demandantes no calificaban, o ya no lo hacían, las tasas de intercambio como precio o compensación por ciertos servicios prestados por los bancos emisores a los comerciantes, sino como mecanismo para el equilibrado de la demanda de los titulares de tarjetas y de los comerciantes (considerandos 146 a 155 de la Decisión impugnada).

20 La Decisión impugnada no tiene como objeto la totalidad de las tasas de intercambio percibidas dentro del sistema MasterCard, sino únicamente las que esa Decisión califica como tasas multilaterales de intercambio aplicadas en el EEE o en la zona Euro por defecto, es decir, a falta de tasas de

intercambio fijadas bilateralmente entre bancos emisores y bancos adquirentes o de tasas de intercambio fijadas colectivamente al nivel nacional (en lo sucesivo, «TMI») (considerando 118 de la Decisión impugnada).

II. *Definición del mercado pertinente*

21 Según la Comisión, hay que distinguir tres mercados de productos diferentes en el sector de los sistemas de tarjetas bancarias cuatripartitos: ante todo, un mercado «superior», que corresponde a los servicios prestados por un sistema de tarjetas bancarias a instituciones financieras, mercado dentro del que compiten los diferentes sistemas de tarjetas (en lo sucesivo, «mercado intersistemas»); seguidamente, un primer mercado «inferior», dentro del que los bancos emisores compiten entre sí por la clientela integrada por los titulares de tarjetas (en lo sucesivo, «mercado de emisión»); y finalmente un segundo mercado «inferior», en el que los bancos adquirentes compiten entre sí por la clientela integrada por los comerciantes (en lo sucesivo, «mercado de adquisición») (considerandos 278 a 282 de la Decisión impugnada).

22 La Comisión definió el mercado pertinente como un mercado integrado por los mercados nacionales de adquisición en los Estados miembros del EEE (considerandos 283 a 329 de la Decisión impugnada).

23 La Comisión no acogió la argumentación expuesta por las demandantes en el procedimiento administrativo según la que no existe más que un único mercado de productos afectado, a saber, el mercado en el que los servicios ofrecidos por los sistemas de tarjetas de pago a la demanda conjunta integrada por los titulares de tarjetas y los comerciantes compiten entre sí y con la totalidad de los otros medios de pago, incluido el dinero en metálico y los cheques (considerandos 250 a 277 de la Decisión impugnada).

III. *Aplicación del artículo 81 CE, apartado 1*

A. *Decisión de una asociación de empresas*

24 Según la Comisión, las decisiones de la organización de pago MasterCard sobre la fijación de las TMI constituyen decisiones de una asociación de empresas en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, a pesar de las modificaciones de estructura y de régimen de gobierno derivadas de la IPO de MasterCard.

25 En primer lugar, la Comisión estimó, en sustancia, que la organización de pago MasterCard constituía una asociación de empresas antes de la IPO y que ésta no había afectado a los factores determinantes que justifican esa calificación (considerandos 345 a 357 de la Decisión impugnada). La Comisión destacó, en especial, que la modificación de la propiedad económica de la organización de pago MasterCard no era un factor determinante (considerando 358 de la Decisión impugnada). También puso de manifiesto que la dirección de la asociación en Europa seguía estando controlada por los bancos (considerandos 359 a 367 de la Decisión impugnada).

26 En segundo lugar, la Comisión observó que no se discutía que las decisiones sobre las TMI adoptadas antes de la IPO constituían decisiones de asociaciones de empresas. Esa calificación debía mantenerse para las decisiones sobre las TMI adoptadas después de la IPO. Para llegar a esa conclusión la Comisión se basó en especial en la persistencia de una comunidad de intereses entre la organización de pago MasterCard y los bancos, y en la aceptación por éstos de su nuevo régimen de gobierno (considerandos 370 a 399 de la Decisión impugnada).

B. *Restricción de la competencia*

27 Aun observando la existencia de algunos datos que apuntaban a una restricción de la competencia por el objeto, la Comisión únicamente sustentó su análisis en los efectos restrictivos de la competencia en el mercado de adquisición producidos por las TMI (considerandos 401 a 407 de la Decisión impugnada).

28 Según la Comisión, los miembros de la organización de pago MasterCard ejercen colectivamente un poder de mercado en relación con los comerciantes y sus clientes. De esa manera, las TMI tienen como efecto aumentar la base de los MSC, siendo así que éstos podrían ser inferiores si no hubiera TMI y si existiera una prohibición de la tarificación unilateral *a posteriori* de las operaciones por los bancos emisores (en lo sucesivo, «prohibición de tarificación *ex post*»). De ello deriva que las TMI examinadas por la Comisión en la Decisión impugnada originan una restricción de la competencia en los precios entre los bancos adquirentes, en perjuicio de los comerciantes y de sus clientes (considerandos 410, 411 y 522 de la Decisión impugnada).

29 La Comisión apreció acerca de ello que los efectos restrictivos de las TMI no sólo afectaban a la adquisición de las operaciones transfronterizas sino también a la de las operaciones nacionales, refiriéndose en particular al hecho de que las TMI se aplicaban en algunos Estados miembros a causa de la inexistencia de tasas de intercambio bilaterales o nacionales y de que podían servir como referencia para la fijación de las tasas de intercambio nacionales (considerandos 412 a 424 de la Decisión impugnada).

30 Por otro lado, la Comisión dedujo de varios medios de prueba que las TMI determinaban un nivel mínimo de los MSC (considerandos 425 a 438 de la Decisión impugnada).

31 Además, observó en sustancia que el papel jugado por las TMI en el mercado de emisión y en el mercado intersistemas reforzaba sus efectos restrictivos de la competencia en el mercado afectado, dado que a los bancos emisores les interesa ofrecer a sus clientes tarjetas para las que están previstas TMI de cuantía alta, por una parte, y por otra la competencia entre los sistemas de tarjetas por la clientela integrada por los bancos se desarrolla en perjuicio de los sistemas que ofrecen TMI de cuantía baja (considerandos 461 a 491 de la Decisión impugnada).

32 La Comisión también apreció que a los bancos adquirentes no les interesaba ejercer una presión competitiva a la baja sobre las TMI ya que se benefician directa o indirectamente de ellas (considerandos 499 a 501 de la Decisión impugnada).

33 Por otra parte, los comerciantes no están en condiciones de ejercer una presión suficiente sobre el importe de las TMI (considerandos 502 a 506 de la Decisión impugnada). Para llegar a esa conclusión la Comisión tuvo en cuenta la incidencia de otras reglas del sistema MasterCard y en especial la de la regla que obliga a aceptar todas las tarjetas procedentes de todos los bancos («Honour All Cards Rule», en lo sucesivo, «HACR») (considerandos 507 a 521 de la Decisión impugnada) y la atracción de los consumidores por esa forma de pago (considerandos 504 y 506 de la Decisión impugnada).

C. *Apreciación de la naturaleza objetivamente necesaria en su caso de las TMI para el funcionamiento del sistema MasterCard*

34 Con carácter previo la Comisión recordó que, al contrario que las restricciones necesarias para la ejecución de una operación principal, las restricciones tan solo deseables para el éxito comercial de esa operación, o que supongan ganancias de eficacia, únicamente pueden ser examinadas a la luz del artículo 81 CE, apartado 3 (considerandos 524 a 531 de la Decisión impugnada).

35 La Comisión estimó que las TMI no pueden considerarse restricciones accesorias ya que no tienen una naturaleza objetivamente necesaria para el funcionamiento de un sistema de tarjetas de pago abierto. Éste podría funcionar apoyándose únicamente en la remuneración de los bancos emisores por los titulares de las tarjetas, de los bancos adquirentes por los comerciantes y del propietario del sistema mediante las comisiones pagadas por los bancos emisores y los bancos adquirentes (considerandos 549 a 552 de la Decisión impugnada). Se basó para ello en el hecho de que cinco sistemas abiertos de tarjetas bancarias funcionaban en Europa sin TMI (considerandos 555 a 614 de la Decisión impugnada). La Comisión también se refirió a la reducción de las tasas de intercambio impuesta por el Banco central de Australia y a su falta de incidencia en la viabilidad del sistema MasterCard (considerandos 634 a 644 de la Decisión impugnada).

36 Respecto a la incidencia de la HACR, la Comisión expuso que la supresión de las TMI no significaría una libertad de los bancos emisores para fijar unilateralmente las tasas de intercambio puesto que ese riesgo se podría evitar con una regla que produjera efectos menos restrictivos en la competencia, como la prohibición de las tarificaciones *ex post* (considerandos 553 y 554 de la Decisión impugnada).

37 La Comisión no acogió los argumentos de las demandantes basados en el aumento de los gastos que causaría la supresión de las TMI. Refutó que esa supresión hubiera tenido como consecuencia un aumento de las cuotas pagadas por los titulares de las tarjetas a un nivel que habría llevado a una demanda insuficiente (considerandos 609 a 614 de la Decisión impugnada). Tampoco acogió el análisis de las demandantes basado en que la inexistencia de las TMI conduciría a una redistribución colectiva de los gastos en el sistema y tendría una consecuencia idéntica a la de las TMI sobre los gastos imputados a los comerciantes (considerandos 615 a 619 de la Decisión impugnada).

38 La Comisión tampoco estimó que las TMI tuvieran una naturaleza objetivamente necesaria para que el sistema MasterCard pudiera competir con los sistemas tripartitos (considerandos 620 a 625 de la Decisión impugnada).

39 Por otra parte la Comisión consideró que el efecto restrictivo de las TMI en la competencia era sensible (considerandos 649 a 660 de la Decisión impugnada) y que las TMI afectaban al comercio entre los Estados miembros (considerandos 661 y 662 de la Decisión impugnada).

IV. *Aplicación del artículo 81 CE, apartado 3*

40 Según la Comisión, los argumentos económicos expuestos por las demandantes, basados, en sustancia, en la función de las TMI en el equilibrado del sistema MasterCard y en la maximización de éste, no son suficientes para demostrar que generan ventajas objetivas. Considera que no ha impuesto a las demandantes una carga de prueba excesiva al solicitar que presentaran pruebas empíricas. También expuso varios aspectos que contradicen los argumentos de las demandantes, como la importante producción de algunos sistemas de tarjetas bancarias que funcionan sin TMI y la importancia de los ingresos que los bancos obtienen de su actividad de emisión de tarjetas (considerandos 679 a 701 y 729 a 733 de la Decisión impugnada).

41 La Comisión analizó, además, el fundamento teórico en el que se apoyan las demandantes, a saber, el modelo de Baxter, pero refutó la argumentación de éstas a causa de los límites inherentes a dicho modelo (considerandos 720 a 724 de la Decisión impugnada).

42 En lo que atañe al requisito de que una parte equitativa del beneficio se reserve a los usuarios la Comisión estimó que las demandantes no habían aportado pruebas acreditativas de que eventuales ventajas objetivas compensaran los inconvenientes de las TMI para los comerciantes y sus clientes (considerandos 739 a 746 de la Decisión impugnada).

V. *Parte dispositiva*

43 Los artículos 1 y 2 de la parte dispositiva de la Decisión impugnada tienen la siguiente redacción:

«Artículo 1

Del 22 de mayo de 1992 al 19 de diciembre de 2007, la organización de pago MasterCard y las personas jurídicas que la representan [las demandantes] han infringido el artículo 81 [CE] y, del 1 de enero de 1994 al 19 de diciembre de 2007, el artículo 53 del Acuerdo EEE al fijar, de hecho, un precio mínimo que los comerciantes deben pagar a su banco adquirente por aceptar tarjetas de pago en el [EEE], mediante tasas de intercambio por defecto intra-EEE en las tarjetas de crédito y de [débito aplazado] al consumo de MasterCard y en las tarjetas de débito de MasterCard o Maestro.

Artículo 2

La organización de pago MasterCard y las personas jurídicas que la representan deberán poner fin a la infracción enunciada en el artículo 1 conforme a lo dispuesto en los artículos 3 a 5 siguientes.

La organización de pago MasterCard y las personas jurídicas que la representan se abstendrán de repetir la infracción mediante cualquier acto o conducta descritos en el artículo 1 que tengan el mismo o equivalente objeto o efecto. En particular se abstendrán de aplicar las tasas de intercambio multilaterales por defecto SEPA/zona del euro.»

44 En el artículo 3 de la Decisión impugnada la Comisión ordenó a las demandantes que suprimieran formalmente en un plazo de seis meses las TMI, que modificaran las reglas de la red de la asociación y que anularan todas las decisiones relativas a las TMI. En el artículo 4 de la misma Decisión se ordenaba a las demandantes comunicar en un plazo de seis meses a los establecimientos financieros y a las cámaras de compensación y bancos de liquidación afectados por las operaciones en el EEE las modificaciones introducidas en las reglas de la red de la asociación. En el artículo 5 de dicha Decisión se ordenó a las demandantes publicar en Internet un resumen de la Decisión impugnada. El artículo 6 de la misma Decisión prevé la posibilidad de solicitar a la Comisión una prórroga del plazo de seis meses fijado para que las demandantes cumplan lo ordenado en los artículos 2 a 5. Finalmente, el artículo 7 de la Decisión impugnada prevé que el incumplimiento de alguna de esas órdenes será sancionado con una multa coercitiva diaria del 3,5 % de su volumen de negocios mundial consolidado diario.

Procedimiento

45 Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal el 1 de marzo de 2008 las demandantes interpusieron el presente recurso.

46 Mediante auto de 12 de septiembre de 2008 el Presidente de la Sala Quinta del Tribunal admitió la intervención del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

47 Mediante un primer auto de 9 de diciembre de 2008 el Presidente de la Sala Quinta del Tribunal admitió la intervención de BRC y de EuroCommerce en apoyo de las pretensiones de la Comisión.

48 Mediante un segundo auto de 9 de diciembre de 2008 el Presidente de la Sala Quinta del Tribunal admitió la intervención de las siguientes sociedades en apoyo de las pretensiones de las demandantes:

— Banco Santander SA;

— HSBC Bank plc (en lo sucesivo, «HSBC»);

— Bank of Scotland plc;

— Royal Bank of Scotland plc (en lo sucesivo, «RBS»);

— Lloyds TSB Bank plc (en lo sucesivo, «Lloyds TSB»);

— MBNA Europe Bank Ltd (en lo sucesivo, «MBNA»).

49 Las demandantes solicitaron el 4 de agosto y el 5 de diciembre de 2008, así como el 19 de febrero, el 29 de abril y el 23 de julio de 2009, que no se comunicaran a las coadyuvantes algunos aspectos confidenciales contenidos respectivamente en la demanda, en el escrito de contestación, en varios escritos de formalización de la intervención y en la dúplica. Aportaron una versión no confidencial de esos diferentes escritos procesales. El traslado a las coadyuvantes de esos escritos procesales se limitó a esa versión no confidencial. Las coadyuvantes no formularon objeciones al respecto.

50 RBS solicitó el 25 de febrero de 2009 que se excluyeran de la comunicación a las demás coadyuvantes algunos aspectos confidenciales contenidos en su escrito de formalización de la intervención. MBNA, HSBC y Bank of Scotland presentaron el día siguiente solicitudes similares en relación con sus escritos de formalización de la intervención. Una solicitud análoga respecto a su escrito de formalización de la intervención fue presentada por EuroCommerce el 3 de marzo de 2009. Las coadyuvantes aportaron una versión no confidencial de sus escritos de formalización de la intervención. La comunicación a las otras coadyuvantes de esos escritos de formalización de la intervención se limitó a dicha versión no confidencial. Esas coadyuvantes no formularon objeciones al respecto.

51 El 8 de enero de 2010 las demandantes propusieron al Tribunal que adoptara una diligencia de ordenación del procedimiento en aplicación del artículo 64, apartado 4, de su Reglamento de Procedimiento. El 29 de enero y el 31 de marzo de 2010 las demandantes solicitaron que algunos aspectos confidenciales contenidos respectivamente en su solicitud de diligencia de ordenación del procedimiento y en la respuesta de la Comisión a esa solicitud no se comunicaran a las coadyuvantes y aportaron una versión no confidencial de esos diferentes escritos procesales. La comunicación de éstos a las coadyuvantes se limitó a las versiones no confidenciales. Las coadyuvantes no formularon objeciones al respecto.

52 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal (Sala Séptima) decidió iniciar la fase oral.

53 En la vista de 8 de julio de 2011 se oyeron los informes orales de las partes y sus respuestas a las preguntas del Tribunal.

Pretensiones de las partes

54 Los demandantes solicitan al Tribunal que:

— Declare la admisibilidad del recurso.

— Anule la Decisión impugnada o subsidiariamente sus artículos 3 a 5 y 7.

— Condene en costas a la Comisión.

55 La Comisión solicita al Tribunal que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas a las demandantes.

56 El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, BRC y EuroCommerce solicitan al Tribunal que desestime el recurso.

57 Banco Santander, RBS, Lloyds TSB y MBNA solicitan al Tribunal que:

— Anule la Decisión impugnada.

— Condene en costas a la Comisión.

58 HSBC solicita al Tribunal que anule la Decisión impugnada.

59 Bank of Scotland solicita al Tribunal que:

— Anule la Decisión impugnada o subsidiariamente sus artículos 3 a 5 y 7.

— Condene en costas a la Comisión.

Fundamentos de Derecho

I. *Sobre la solicitud de diligencias de ordenación del procedimiento presentada por las demandantes*

60 Las demandantes desean que en concepto de diligencias de ordenación del procedimiento se solicite a la Comisión modificar un pasaje de la dúplica para suprimir las referencias a los compromisos unilaterales que han contraído.

61 De ese pasaje de la dúplica resulta que, tras la adopción de la Decisión impugnada, las discusiones entre las demandantes y la Comisión continuaron y concluyeron con compromisos sobre un nuevo método de cálculo de las TMI, fundándose en los cuales el miembro de la Comisión encargado de las cuestiones de competencia hizo saber que «no veía ninguna razón para proponer a la Comisión que iniciara un procedimiento contra las TMI establecidas según el nuevo método».

62 Las demandantes estiman que esas referencias infringen el acuerdo concluido con la Comisión según el que sus discusiones y todo eventual entendimiento sobre las TMI serían «confidenciales» y «con todas las reservas» (without prejudice). La Comisión pone de relieve que el restablecimiento de las TMI es un hecho notorio ya que tanto las demandantes como la Comisión han publicado comunicados de prensa sobre ello. También afirma que las demandantes interpretan erróneamente el concepto «con todas las reservas».

63 Según reiterada jurisprudencia corresponde al Tribunal determinar la utilidad de las diligencias de ordenación del procedimiento [sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, Corus UK/Comisión, C-199/99 P, Rec. p. I-11177, apartado 67; sentencias del tribunal General de 20 de marzo de 1991, Pérez-Mínguez Casariego/Comisión, T-1/90, Rec. p. II-143, apartado 94, y de 12 de septiembre de 2007, Neumann/OAMI (Forma de una cabeza de micrófono), T-358/04, Rec. p. II-3329, apartado 66].

64 En el presente asunto basta constatar que las referencias discutidas atañen a un hecho posterior a la adopción de la Decisión impugnada, que por tanto carece de incidencia en su legalidad (véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de 28 de febrero de 2002, Atlantic Container Line y otros/Comisión, T-395/94, Rec. p. II-875, apartado 252, y la jurisprudencia citada).

65 Se debe denegar por tanto la solicitud de diligencias de ordenación del procedimiento de las demandantes, sin que sea preciso preguntarse sobre el alcance exacto de las obligaciones que implica la mención en los intercambios escritos entre las partes de que sus discusiones eran confidenciales y «con todas las reservas».

II. *Sobre la admisibilidad del contenido de algunos anexos de los escritos de las partes*

66 La Comisión considera que las alegaciones contenidas en algunos anexos de la demanda y de la réplica deben declararse inadmisibles en aplicación de la jurisprudencia del Tribunal, ya que la formulación de alegaciones en los anexos excede la función puramente probatoria e instrumental que se les asigna.

67 En la réplica las demandantes manifiestan que esos anexos sólo sustentan alegaciones que figuran en el texto mismo de la demanda, y que por tanto son admisibles. No es así respecto a ciertos anexos del escrito de contestación, que comprenden alegaciones no expuestas en el propio escrito y que en consecuencia no deberían tomarse en consideración a los efectos del presente procedimiento.

68 En virtud del artículo 21 del Estatuto del Tribunal de Justicia y del artículo 44, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento, toda demanda debe señalar la cuestión objeto del litigio y la exposición sumaria de los motivos invocados. Según reiterada jurisprudencia, para declarar la admisibilidad de un recurso es preciso que los elementos esenciales de hecho y de Derecho en los que esté basado consten, al menos sucintamente, pero de manera coherente y comprensible, en el propio tenor de la demanda. Si bien ciertos extremos específicos del texto pueden apoyarse y completarse mediante remisiones a pasajes determinados de documentos adjuntos, una remisión global a otros escritos, aunque figuren como anexo de la demanda, no puede paliar la falta de los elementos esenciales de la argumentación jurídica que, en virtud de las disposiciones antes citadas, deben figurar en la demanda. Además, no incumbe al Tribunal buscar e identificar en los anexos los motivos y alegaciones que a su juicio podrían constituir el fundamento del recurso, puesto que los anexos tienen una función puramente probatoria e instrumental (véase la sentencia del Tribunal de 17 de septiembre de 2007, Microsoft/Comisión, T-201/04, Rec. p. II-3601, apartado 94, y la jurisprudencia citada).

69 Esta interpretación del artículo 21 del Estatuto del Tribunal de Justicia y del artículo 44, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal General se aplica también a los requisitos de admisibilidad del escrito de réplica, destinado, a tenor de lo establecido en el artículo 47, apartado 1, del mismo Reglamento, a completar la demanda (sentencia Microsoft/Comisión, apartado 68 *supra*, apartado 95).

70 Aunque, en relación con la presunción de legalidad que ampara a los actos adoptados por las instituciones de la Unión Europea, la demanda y el escrito de contestación responden a finalidades diferentes y por tanto a exigencias distintas, no deja de ser cierto que, en lo que atañe a la posibilidad de remisión a los anexos del escrito de contestación, debe mantenerse el mismo criterio que se aplica a la demanda, puesto que el artículo 46, apartado 1, letra b), del Reglamento de Procedimiento precisa que el escrito de contestación debe contener los hechos y fundamentos de derecho invocados.

71 Las críticas contra la remisión a anexos se examinarán en su caso al analizar los diferentes motivos y alegaciones con los que guardan relación. Los anexos sólo serán tomados en consideración por el Tribunal en la medida en que apoyen o completen motivos o alegaciones expresamente invocados por las partes en el texto de sus escritos procesales, y siempre que sea posible determinar con precisión cuáles son los elementos contenidos en dichos anexos que apoyan o completan los referidos motivos y alegaciones (véase, en este sentido y por analogía, la sentencia Microsoft/Comisión, apartado 68 *supra*, apartado 99).

III. *Sobre el fondo*

72 El presente recurso comprende con carácter principal una demanda de anulación de la Decisión impugnada, y con carácter subsidiario una pretensión de anulación de sus artículos 3 a 5 y 7.

A. *Sobre la demanda de anulación de la Decisión impugnada*

73 En apoyo de esa demanda, las demandantes aducen cuatro motivos, fundados, el primero, en la vulneración del artículo 81 CE, apartado 1, derivada de los errores en el análisis de los efectos de las TMI en la competencia, el segundo, en la vulneración del artículo 81 CE, apartado 3, el tercero en la vulneración del artículo 81 CE, apartado 1, por la calificación errónea como decisiones de una asociación de empresas aplicada a las TMI, y el cuarto, en la existencia de vicios que afectan al procedimiento administrativo y en errores de hecho.

1. Sobre el primer motivo, basado en la vulneración del artículo 81 CE, apartado 1, ya que la Comisión concluyó erróneamente que la fijación de las TMI constituía una restricción de la competencia

74 Este motivo se articula, en sustancia, en dos partes. En la primera, las demandantes alegan que la Comisión apreció erróneamente que las TMI producían efectos restrictivos de la competencia. En la segunda, mantienen que la Comisión habría debido concluir que las TMI eran objetivamente necesarias para el funcionamiento del sistema MasterCard.

75 Hay que entender la referencia de las demandantes a la supuesta naturaleza objetivamente necesaria de las TMI en el sentido de que la Comisión habría debido concluir que constituían una restricción accesoria en relación con el sistema MasterCard y de que por tanto no podía examinar válidamente sus efectos en la competencia de manera autónoma sino que habría debido apreciarlos junto con los efectos del sistema MasterCard del que formaban parte.

76 Dado que la respuesta que debe darse a la segunda parte del motivo condiciona la posibilidad de un examen autónomo de los efectos de las TMI en la competencia, debe examinarse esa parte en primer término.

a) Sobre la parte del motivo basada la apreciación errónea de la naturaleza objetivamente necesaria de las TMI

77 El concepto de restricción accesoria cubre toda restricción directamente vinculada a la realización de una operación principal y necesaria a tal efecto (sentencia del Tribunal de 18 de septiembre de 2001, M6 y otros/Comisión, T-112/99, Rec. p. II-2459, apartado 104).

78 Por restricción directamente vinculada a la realización de una operación principal hay que entender toda restricción subordinada en importancia a la realización de dicha operación y que implique un vínculo evidente con esta última (sentencia M6 y otros/Comisión, apartado 77 *supra*, apartado 105).

79 Por su parte, la condición relativa al carácter necesario de una restricción implica el examen de dos extremos. Por una parte, se debe analizar si la restricción es objetivamente necesaria para la realización de la operación principal y, por otra, si es proporcionada a tal efecto (sentencia M6 y otros/Comisión, apartado 77 *supra*, apartado 106).

80 En cuanto al carácter objetivamente necesario de una restricción, es preciso destacar que, en la medida en que no puede aceptarse la existencia de una «rule of reason», sería erróneo interpretar que la condición de la necesidad objetiva implica una ponderación de los efectos positivos o negativos para la competencia de un acuerdo. Sólo en el contexto específico del artículo 81 CE, apartado 3, se puede efectuar dicho análisis. Por consiguiente, el examen del carácter objetivamente necesario de una restricción en relación con la operación principal sólo puede ser relativamente abstracto. No consiste en analizar si, en vista de la situación de competencia en el mercado correspondiente, la restricción es imprescindible para el éxito comercial de la operación principal, sino más bien en determinar si, en el contexto particular de la operación principal, la restricción es necesaria para la realización de dicha

operación. Si la operación principal resulta difícil de realizar o incluso irrealizable sin la restricción, ésta puede considerarse objetivamente necesaria para su realización (sentencia M6 y otros/Comisión, apartado 77 *supra*, apartados 107 y 109).

81 En lo que atañe al examen de la proporcionalidad de la restricción en relación con la realización de la operación principal, ha de comprobarse si su duración y su ámbito de aplicación material y geográfico no exceden de lo que sea necesario para la realización de dicha operación. Si la duración o el ámbito de aplicación de la restricción sobrepasan lo que resulte necesario para la realización de la operación, aquélla debe ser analizada por separado en el marco del artículo 81 CE, apartado 3, (sentencia M6 y otros/Comisión, apartado 77 *supra*, apartado 113).

82 Por último, en la medida en que la apreciación del carácter accesorio de una restricción en relación con una operación principal exige por parte de la Comisión apreciaciones económicas complejas, el control jurisdiccional de dicha apreciación se limita a la comprobación del respeto de las normas de procedimiento, del carácter suficiente de la motivación y de la exactitud material de los hechos y de la inexistencia tanto de error manifiesto de apreciación como de desviación de poder (sentencia M6 y otros/Comisión, apartado 77 *supra*, apartado 114).

83 En el presente asunto sólo está en discusión el requisito de la naturaleza objetivamente necesaria de las TMI. En sustancia, las demandantes, apoyadas por varias coadyuvantes, exponen dos alegaciones. Afirman que la Decisión impugnada incurre en un error ya que la Comisión aplicó criterios jurídicos erróneos. También mantienen que la Comisión cometió un error manifiesto de apreciación al examinar la naturaleza objetivamente necesaria de las TMI.

Sobre la alegación basada en la aplicación de criterios jurídicos erróneos

84 Las demandantes reprochan a la Comisión no haber analizado las TMI en su contexto jurídico y económico. Afirman que la Comisión cometió un error de Derecho al deducir del postulado que el sistema MasterCard podía funcionar sin las TMI su naturaleza no objetivamente necesaria. Por el contrario, de la jurisprudencia se deduce que, si a falta de la restricción, la operación principal resulta difícilmente realizable, la restricción puede considerarse objetivamente necesaria para su realización. También sería así si esa operación principal fuera de más difícil realización o sólo pudiera realizarse en condiciones más inciertas, con menor probabilidad de éxito.

85 La Comisión refuta el fundamento de esa alegación.

86 Atendiendo a la jurisprudencia citada en los anteriores apartados 77 a 82 debe desestimarse esa alegación por infundada.

87 Es cierto que, como recuerdan con razón las demandantes, de reiterada jurisprudencia resulta que el examen de los efectos restrictivos de la competencia con arreglo al artículo 81 CE, apartado 1, debe tener en cuenta el marco concreto en el que un acuerdo, una decisión de una asociación de empresas o una práctica concertada producen sus efectos y, en particular, el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas, la naturaleza de los productos o servicios considerados y la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado afectado (véase la sentencia del Tribunal de 15 de septiembre de 1998, European Night Services y otros/Comisión, T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, Rec. p. II-3141, apartado 136, y la jurisprudencia citada).

88 Sin embargo, ello no implica que deban tenerse en cuenta las ventajas que constituyen las TMI para el sistema MasterCard a efectos de determinar si son objetivamente necesarias para su funcionamiento, como parecen mantener las demandantes.

89 Según se deduce de la jurisprudencia citada en el anterior apartado 77, el examen del carácter objetivamente necesario de una restricción es relativamente abstracto. En efecto, sólo las restricciones necesarias para que la operación principal pueda funcionar, como exigencia absoluta, pueden

considerarse incluidas en el campo de aplicación de la teoría de las restricciones accesorias. Así pues, las consideraciones relativas al carácter imprescindible de la restricción en vista de la situación de la competencia en el mercado correspondiente, no forman parte del examen del carácter accesorio de la restricción (véase en ese sentido la sentencia M6 y otros/Comisión, apartado 77 *supra*, apartado 121).

90 Por consiguiente, el hecho de que la inexistencia de las TMI pueda tener consecuencias negativas en el funcionamiento del sistema MasterCard no implica por sí solo que las TMI deban considerarse objetivamente necesarias, si del examen de sistema MasterCard en su contexto económico y jurídico se dedujera que puede seguir funcionando sin ellas.

91 El razonamiento de la Comisión, que deduce la naturaleza no objetivamente necesaria de las TMI de la circunstancia de que el sistema MasterCard podría funcionar sin ellas, no incurre por tanto en ningún error de Derecho.

92 Por tanto, en contra de lo alegado por las demandantes, la Comisión no aplicó criterios jurídicos erróneos. Debe desestimarse en consecuencia la presente alegación.

Sobre la alegación fundada en el examen erróneo de la naturaleza objetivamente necesaria de las TMI

93 Dado que las TMI constituyen una modalidad de pago por defecto de las operaciones, que se aplica a éstas a falta de un acuerdo más específico entre los bancos emisores y los bancos adquirentes, por una parte, y por otra, corresponden a una transferencia de fondos a favor de los bancos emisores, hay que examinar la naturaleza objetivamente necesaria en su caso de las TMI en esos dos aspectos.

– Sobre la naturaleza objetivamente necesaria de las TMI como modalidad de pago por defecto de las operaciones

94 Las demandantes alegan, en sustancia, que las TMI son objetivamente necesarias para el sistema MasterCard porque constituyen una modalidad de pago por defecto de las operaciones. A falta de las TMI, la HACR, que implica la aceptación de todas las operaciones realizadas con una tarjeta MasterCard, tendría como consecuencia poner a los adquirentes a merced de los emisores, que podrían determinar de forma unilateral el importe de la comisión de intercambio, estando obligados los comerciantes y los adquirentes a aceptar la operación.

95 En el considerando 554 de la Decisión impugnada la Comisión respondió a esa crítica, poniendo de relieve lo que sigue:

«La posibilidad de que algunos bancos emisores abusen de adquirentes que están vinculados por la HACR podría removerse con una regla de red que tuviera efectos menos restrictivos de la competencia que la actual solución de MasterCard, que exige que, por defecto, se aplique un determinado nivel de tasas de intercambio. La otra solución sería una regla que impusiera una prohibición de las tarificaciones *ex post* a falta de un acuerdo bilateral entre ellos. Esa regla obligaría al banco acreedor a aceptar todo pago válidamente introducido en el sistema por un banco deudor y prohibiría a cada banco facturar gastos al otro banco a falta de un acuerdo bilateral sobre la cuantía de esos gastos. Esa solución destinada a "proteger" a los adquirentes de un abuso de poder de los emisores en virtud de la regla HACR es menos restrictiva de la competencia que una TMI, ya que no fija un nivel de precio mínimo a cada lado del sistema.»

96 Es preciso constatar que ese razonamiento no contiene ningún error manifiesto de apreciación. En efecto, la existencia de modalidades de pago de las operaciones por defecto menos restrictivas de la competencia que las TMI impide que éstas sean consideradas objetivamente necesarias para el funcionamiento del sistema MasterCard sobre la única base de su condición de modalidad de pago por defecto de las operaciones.

97 Esa conclusión no se desvirtúa por la alegación de las demandantes fundada en que la Comisión no puede considerar válidamente la hipótesis de un sistema MasterCard que funcionara basándose en una prohibición de las tarificaciones *ex post* en lugar de las TMI, porque esa prohibición no sería fruto del juego del mercado y constituiría por tanto una intervención de tipo «regulador». Al razonar de ese modo, alegan, la Comisión ha incumplido su obligación de examinar la situación de la competencia a falta del acuerdo.

98 Esa argumentación deriva de una interpretación equivocada de la jurisprudencia según la cual para que un acuerdo, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada deba considerarse prohibido en razón de las alteraciones de la competencia que sean su efecto, es preciso examinar el juego de la competencia en el marco efectivo en el que se desarrollaría de no existir ese acuerdo, decisión de asociación de empresas o práctica concertada (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión, C-7/95 P, Rec. p. I-3111, apartado 76, y la jurisprudencia citada).

99 Es cierto que los términos de esa comparación deben ser realistas. En consecuencia, incumbía a la Comisión examinar si la hipótesis de un sistema MasterCard que funcionara sin TMI era económicamente viable y podía por tanto tomarse en consideración a efectos de comparación. En cambio, no estaba obligada a demostrar que el juego del mercado movería a los bancos emisores y los bancos adquirentes a decidir ellos mismos la adopción de una regla menos restrictiva de la competencia que las TMI.

– Sobre la naturaleza objetivamente necesaria de las TMI como mecanismo de transferencia de fondos a favor de los bancos emisores

100 En consecuencia, es preciso examinar si la Comisión podía considerar válidamente que una regla prohibitiva de las tarificaciones *ex post* bastaba para permitir el funcionamiento del sistema MasterCard —en cuyo caso las TMI no podrían considerarse objetivamente necesarias— o si por el contrario el funcionamiento de ese sistema necesitaba un mecanismo de transferencia de fondos a favor de los bancos emisores.

101 No se trata de realizar una comparación para determinar si el sistema MasterCard funciona de manera más eficaz con las TMI que con la única base de una prohibición de las tarificaciones *ex post*. En efecto, tal comparación equivaldría a considerar las eventuales ventajas de las TMI, lo que corresponde a un examen en virtud del artículo 81 CE, apartado 3, como destaca con razón la Comisión (véase la jurisprudencia citada en el anterior apartado 80 y la sentencia del Tribunal de 23 de octubre de 2003, Van den Bergh Foods/Comisión, T-65/98, Rec. p. II-4653, apartado 107).

102 En los considerandos 549 a 648 de la Decisión impugnada la Comisión estimó que las TMI no eran objetivamente necesarias dado que el sistema MasterCard podía funcionar sobre la única base de la remuneración de los bancos emisores por los titulares de las tarjetas, de los bancos adquirentes por los comerciantes y del propietario del sistema mediante las comisiones pagadas por los bancos emisores y los bancos adquirentes.

103 En apoyo de su análisis la Comisión se basó en el hecho de que cinco sistemas de tarjetas bancarias funcionaban en Europa sin TMI. También se refirió a la falta de incidencia en el sistema MasterCard en Australia de la reducción de las tasas de intercambio impuesta por el Banco central de Australia (en lo sucesivo, «ejemplo australiano»). La Comisión fundó además su análisis en la circunstancia de que las tarjetas MasterCard generaban otros ingresos o ventajas financieras distintos de las TMI para los bancos en el contexto de su actividad de emisión.

104 Las demandantes y algunas coadyuvantes refutan la pertinencia de los medios de prueba expuestos por la Comisión para demostrar la naturaleza no objetivamente necesaria de las TMI. Critican el criterio de la Comisión de examinar cinco sistemas nacionales que se diferencian del sistema MasterCard por sus

características y por su dimensión. Rebaten también la pertinencia del modelo australiano. Además, varias coadyuvantes destacan las dificultades que tendrían para funcionar en un sistema sin TMI sobre la única base de una prohibición de las tarificaciones *ex post*. La necesidad de conseguir otros ingresos implicaría un aumento de los costes facturados a los titulares de tarjetas, una reducción de las ventajas de los servicios asociados a las tarjetas MasterCard y un desplazamiento a productos o servicios alternativos. Esas dificultades serían particularmente importantes para los establecimientos financieros de pequeña dimensión o que sólo ejercen una actividad de emisión.

105 La Comisión rebate el fundamento de esas críticas. Pone de relieve, en especial, que la alegación de las demandantes acerca de los cinco sistemas nacionales, al estar contenida en un anexo, debe ser inadmitida.

106 Dado que las TMI constituyen un mecanismo de transferencia de fondos a favor de los bancos emisores, su naturaleza objetivamente necesaria para el funcionamiento del sistema MasterCard debe examinarse en el contexto más amplio de los recursos y las ventajas económicas que obtienen los bancos de su actividad de emisión de tarjetas.

107 Ha de subrayarse acerca de ello que las tarjetas de crédito generan ingresos importantes para los bancos emisores, consistentes en especial en los intereses facturados a los titulares de las tarjetas. De tal forma, del considerando 346 del PCA, al que remite el considerando 612 de la Decisión impugnada, resulta que «para los bancos emisores la importancia de prestar dinero mediante las tarjetas de crédito puede ser alta, sobre todo en los mercados en los que las tarjetas de crédito son ampliamente utilizadas, como el Reino Unido, el país con mayor número de tarjetas de crédito MasterCard en circulación». Esa apreciación se encuentra también en la nota a pié de página nº 829 de la Decisión impugnada, en la que se subraya que «en el Reino Unido, por ejemplo, los bancos emisores obtienen el 90 % de sus ingresos de los recursos procedentes de los titulares de tarjetas (en esencia intereses) y sólo el 10 % de las comisiones de intercambio».

108 Acerca de las tarjetas de débito, la Comisión ha mantenido en sustancia en los considerandos 347 y 348 del PCA, a los que remite el considerando 612 de la Decisión impugnada, que las tarjetas de débito generan importantes beneficios comerciales para los bancos, distintos de las tasas de intercambio, al permitirles reducir el número de operaciones en metálico y con cheques y por tanto los costes que derivarían en otro caso de la gestión manual de esos métodos de pago.

109 Hay que constatar que la existencia de esos ingresos y beneficios hace poco probable que, a falta de TMI, una parte apreciable de los bancos cesen o reduzcan de modo considerable su actividad de emisión de tarjetas MasterCard o que modifiquen las condiciones de su emisión en grado tal que pudiera conducir a los titulares de esas tarjetas a preferir otros medios de pago o a recurrir a tarjetas que formen parte de sistemas tripartitos, lo que podría afectar a la viabilidad del sistema MasterCard.

110 Con otras palabras, aunque en un sistema que funcionara sin TMI cabe presumir una reducción de las ventajas concedidas a los titulares de tarjetas o de la rentabilidad de la actividad de emisión de tarjetas, se puede concluir razonablemente que esa reducción no sería suficiente para afectar a la viabilidad del sistema MasterCard.

111 Esa conclusión se refuerza por el ejemplo australiano al que la Comisión se refirió en los considerandos 634 a 644 de la Decisión impugnada. Resulta de ellos que una baja muy importante de las tasas de intercambio del sistema MasterCard, impuesta por el Banco central de Australia, no tuvo incidencias notables en su viabilidad, ni causó un desplazamiento a sistemas tripartitos, pese a que la reglamentación adoptada por el Banco central de Australia no afectaba a estos últimos.

112 Las demandantes y algunas coadyuvantes consideran que el ejemplo australiano no es un medio de prueba pertinente porque, en primer lugar, atañe a la reducción y no a la supresión de las tasas de intercambio, en segundo lugar, la Comisión no ha demostrado que las condiciones de mercado en Australia y en el EEE sean lo bastante semejantes para permitir comparaciones y, en tercer lugar, esa reducción generó efectos negativos para los titulares de las tarjetas.

113 No es discutible ciertamente que la reducción, incluso considerable, de las tasas de intercambio no tiene un alcance equivalente al de la hipótesis de un sistema MasterCard que funcionara sin mecanismo de transferencia de fondos del sector «adquisición» al sector «emisión», tomada en consideración para analizar la naturaleza objetivamente necesaria o no de las TMI para el funcionamiento del sistema MasterCard.

114 No obstante, sigue siendo cierto que, en el supuesto de que ese mecanismo tuviera la naturaleza objetivamente necesaria que alegan las demandantes, podría esperarse razonablemente que la importante reducción de las tasas de intercambio impuesta en Australia hubiera tenido incidencias negativas en el funcionamiento del sistema MasterCard.

115 Pues bien, es preciso constatar que esas incidencias negativas no se han producido. De tal forma, en lo que atañe a la competencia de los sistemas tripartitos, del considerando 636 de la Decisión impugnada resulta que «la cuota combinada de American Express y de Diners Club en Australia sólo creció ligeramente, pasando del 15 % al 17 %, y a continuación se estabilizó». Del mismo modo, la Comisión no observó una reducción de actividad del sistema MasterCard, sino al contrario, un aumento de su cuota de mercado y de su volumen de negocios. Aunque ese aumento puede explicarse en parte, como reconoce la Comisión, por la desaparición de un sistema competidor, puso de relieve, no obstante, en el considerando 641 de la Decisión impugnada, sin cometer un error manifiesto de apreciación, que dicho aumento representaba «una tendencia clara», apta para rebatir el fundamento de la alegación de las demandantes basada en el supuesto hundimiento de un sistema MasterCard que funcionara sin TMI.

116 Esa conclusión no se desvirtúa por la alegación de las demandantes fundada en que no cabe presumir que las condiciones de mercado en Australia sean necesariamente semejantes a las del EEE, de modo tal que puedan establecerse paralelismos fiables.

117 En efecto, de la Decisión impugnada resulta que la cuota de mercado de Diners Club y de American Express en el EEE era muy inferior a la de Australia (su cuota de mercado respectiva era del 17 y del 19 % en Australia, mientras que sólo era del 2 y del 3 % en el EEE). Por tanto, si existen eventuales diferencias en las condiciones de mercado entre Australia y el EEE, operan más bien a favor de la resistencia del sistema MasterCard en Europa si funcionara sin TMI.

118 En lo que atañe a la circunstancia alegada de que la situación de los tenedores de tarjetas en Australia empeoró tras la regulación de las tasas de intercambio, es cierto que de los medios de prueba aportados por las demandantes se deduce que la baja de las tasas de intercambio pudo dar lugar a un aumento de los gastos facturados a los titulares de tarjetas o a la reducción de algunas ventajas.

119 No obstante, la circunstancia de que los bancos emisores compensaran en parte a costa de los titulares de las tarjetas la baja de las tasas de intercambio carece por sí misma de incidencia en el examen de la naturaleza objetivamente necesaria en su caso de las TMI. Sería diferente la apreciación si se advirtiera que el aumento de los gastos facturados a los titulares de tarjetas, o la reducción de las ventajas anteriormente concedidas, conducía a aminorar sustancialmente su utilización de las tarjetas MasterCard y podía afectar así a la viabilidad de ese sistema. Ahora bien, como se ha subrayado en el anterior apartado 115, ello no ocurrió.

120 Por cuanto se ha expuesto, la Comisión podía concluir válidamente que las TMI no tenían naturaleza objetivamente necesaria para el funcionamiento del sistema.

121 Siendo así, no ha lugar a examinar las críticas de las demandantes y de las coadyuvantes sobre la comparación del sistema MasterCard con los cinco sistemas nacionales de tarjetas bancarias que funcionan sin TMI.

122 Por lo tanto, se debe desestimar esta parte del motivo.

b) Sobre la parte del motivo fundada en errores de apreciación en el análisis de los efectos de las TMI en la competencia

123 Las demandantes, apoyadas por varias coadyuvantes, alegan que el análisis por la Comisión de los efectos de las TMI en la competencia es erróneo en varios aspectos.

124 La Comisión solicita la desestimación de la presente parte del motivo.

125 Hay que recordar que en la Decisión impugnada la Comisión sustentó la existencia de efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, en la circunstancia de que las TMI influían directa o indirectamente en el importe de las tasas de intercambio percibidas por los bancos emisores, y en el hecho de que, dado que los bancos adquirentes tendían a repercutir ese coste en los comerciantes, las TMI determinaban un importe mínimo de los MSC. De ello dedujo que tenían el efecto de restringir la competencia en el mercado de adquisición (considerandos 410 y 522 de la Decisión impugnada).

126 En particular, la Comisión:

— destacó que las TMI se aplicaban a las operaciones transfronterizas, a falta de tasas de intercambio más específicas (considerandos 412 a 415 de la Decisión impugnada) por un lado, y por otro que, o bien se aplicaban a las operaciones nacionales en defecto de tasas de intercambio internas en el país o bien servían como referencia al establecer éstas (considerandos 416 a 424 de la Decisión impugnada);

— dedujo de dos análisis cuantitativos de los efectos de las TMI en los MSC (considerandos 426 a 436 de la Decisión impugnada) y de los testimonios de los comerciantes obtenidos durante un estudio llevado a cabo por la propia Comisión en 2004 (en lo sucesivo, «estudio de mercado de los comerciantes», considerandos 437 y 438 de la Decisión impugnada) que las TMI constituían un obstáculo para una baja de los MSC más allá de cierta cuantía;

— tuvo en cuenta las incidencias de la competencia en el mercado de emisión y en el mercado intersistemas, observando que a los bancos emisores les interesaba ofrecer tarjetas cuyas TMI previstas eran elevadas, por un lado, y por otro, que la competencia practicada entre los sistemas de tarjetas por la clientela integrada por los bancos se desarrollaba en perjuicio de los sistemas que ofrecían TMI de cuantía baja (considerandos 461 a 498 de la Decisión impugnada);

— señaló, en sustancia, que no interesaba a los bancos emisores ejercer una presión competitiva a la baja en las TMI (considerandos 499 a 501 de la Decisión impugnada);

— apreció que los comerciantes no estaban en condiciones de ejercer una presión suficiente en las TMI (considerandos 502 a 521 de la Decisión impugnada).

127 Como se ha recordado en el anterior apartado 87, la apreciación de un acuerdo, de una decisión de asociación de empresas o de una práctica concertada con arreglo al artículo 81 CE, apartado 1, debe tener en cuenta el marco concreto en el que producen sus efectos y, en particular, el contexto económico y jurídico en el que operan las empresas afectadas, la naturaleza de los productos o servicios contemplados y la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado afectado.

128 Por otro lado, como ya se ha puesto de relieve en el anterior apartado 98, para que un acuerdo, una decisión de una asociación de empresas o una práctica concertada deba considerarse prohibida a causa de las alteraciones del juego de la competencia que son su efecto, es necesario examinar el juego de la competencia en el contexto real en el que se produciría a falta del acuerdo, de la decisión de una asociación de empresas o de la práctica concertada de que se trata.

Sobre las alegaciones referidas al examen del juego de la competencia a falta de las TMI

129 Las demandantes y varias coadyuvantes afirman que la Comisión ha incumplido la obligación de examinar el juego de la competencia en el contexto real en el que tendría lugar a falta de las TMI. Exponen en sustancia dos alegaciones.

130 En su primera alegación las demandantes se refieren a la falta de relación de competencia entre los bancos emisores y los bancos adquirentes para estimar que la Comisión no podía afirmar el carácter restrictivo de la competencia de las TMI, toda vez que su inexistencia no implicaría en la realidad un proceso de competencia que llevara a la reducción de las tasas de intercambio. Recuerdan que el sistema MasterCard no podría funcionar sin un mecanismo de pago por defecto de las operaciones. Las demandantes también mantienen que la Comisión concluyó erróneamente que, a falta de las TMI, tendrían lugar negociaciones bilaterales entre bancos emisores y bancos adquirentes y que ésas conducirían con el tiempo a la desaparición de las tasas de intercambio, y que tuvo indebidamente en cuenta en su razonamiento la prohibición de las tarificaciones *ex post*.

131 Debe desestimarse esa alegación.

132 En efecto, por las razones expuestas en los anteriores apartados 94 a 120, la circunstancia de que la hipótesis de un sistema MasterCard que funcionara sin TMI —sobre la única base de la prohibición de las tarificaciones *ex post*— se manifiesta económicamente viable es suficiente para justificar su consideración en el análisis de los efectos de las TMI en la competencia.

133 Por otro lado, en cuanto a la crítica sobre la referencia en la Decisión impugnada a negociaciones bilaterales entre bancos emisores y bancos adquirentes, es preciso subrayar que la Comisión se refirió a ellas en el considerando 460 de la Decisión impugnada para destacar que en un sistema MasterCard que funcionara sin TMI los adquirentes que aceptaran de forma bilateral tasas de intercambio se arriesgarían a perder competitividad en el mercado de adquisición, y por tanto, podía presumirse que, a falta de TMI, con el tiempo ya no se percibirían tasas de intercambio con ocasión del pago de las operaciones.

134 Se debe apreciar que ese análisis no se revela manifiestamente erróneo. Puede estimarse razonablemente que las TMI, al permitir la transparencia entre bancos adquirentes sobre la cuantía de las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones, facilitan la repercusión en los comerciantes de la totalidad de las tasas o al menos de una parte sustancial de ellas, ya que los bancos adquirentes tienen la seguridad de que el aumento inducido en el importe de los MSC no incidirá en su posición competitiva. No obstante, puede considerarse razonablemente que faltaría esa seguridad en un sistema que funcionara sin TMI y que por tanto la repercusión en los comerciantes de una comisión de intercambio aceptada de forma bilateral podría afectar a la posición competitiva del banco de adquisición en cuestión.

135 Con su segunda alegación las demandantes y varias coadyuvantes reprochan a la Comisión no haber demostrado que la supresión de las TMI elevaría el grado de competencia existente entre adquirentes. Esa alegación puede dividirse en cuatro grupos de críticas.

136 En primer término se afirma que la Comisión tuvo en cuenta erróneamente la competencia intersistemas, siendo así que ésta carece de incidencia en el análisis de los efectos de las TMI en la competencia entre adquirentes. También se mantiene que, dado que la Comisión se basó expresamente en una restricción de la competencia en virtud de los efectos, los considerandos de la Decisión impugnada referidos al objeto de las TMI, como su calificación de «precio mínimo recomendado», no deben tenerse en cuenta.

137 En primer lugar, es preciso constatar que la circunstancia, señalada por la Comisión en los considerandos 461 a 498 de la Decisión impugnada, de que la competencia entre el sistema MasterCard y los otros sistemas de tarjetas bancarias por la clientela integrada por los bancos llevaba

a una presión al alza sobre los importes de las TMI constituye un aspecto pertinente del contexto económico en el sentido de la jurisprudencia citada en el anterior apartado 127. En consecuencia, la Comisión podía tenerla en cuenta válidamente en su examen de los efectos de las TMI en la competencia.

138 En segundo lugar, hay que señalar que en los considerandos 401 a 407 de la Decisión impugnada la Comisión destacó que las TMI tenían «probablemente, por su naturaleza, la potencialidad de fijar los precios» (considerando 405 de la Decisión impugnada). También refutó fundadamente los argumentos de las demandantes basados en la prosecución de objetivos legítimos por las TMI o en la falta de intención de restringir la competencia. Sin embargo, en el considerando 407 de la Decisión impugnada decidió «no deducir una conclusión definitiva sobre la cuestión de si las TMI de [la organización de pago] MasterCard constituían una restricción en virtud de su objeto en el sentido del artículo 81 [CE], apartado 1», ya que estaba claramente demostrado «que las TMI de [la organización de pago] MasterCard [tenían] el efecto de restringir y falsear sensiblemente la competencia en prejuicio de los comerciantes en los mercados de adquisición».

139 El objeto y el efecto contrarios a la competencia de una decisión de una asociación de empresas son requisitos no acumulativos sino alternativos para apreciar si esa decisión está comprendida dentro de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. El carácter alternativo de este requisito, como indica la conjunción «o», hace necesario, en primer lugar, considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debe aplicar. Sin embargo, en caso de que el análisis del contenido de la decisión no revele un grado suficiente de nocividad respecto de la competencia, sería necesario examinar los efectos y, para aplicar la prohibición, exigir que concurrieran elementos acreditativos de que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible. No es necesario examinar los efectos de una decisión cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia (véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de Justicia 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, apartado 55).

140 No es superfluo al respecto destacar que el artículo 81 CE, apartado 1, letra a), prevé expresamente que constituyen restricciones de la competencia las medidas consistentes en fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta, y que, según la jurisprudencia, el objeto del apartado 1 del artículo 81 CE, y en particular de su letra a), es prohibir a las empresas falsear la evolución normal de los precios en el mercado (sentencia del Tribunal General de 10 de marzo de 1992, ICI/Comisión, T-13/89, Rec. p. II-1021, apartado 311).

141 No obstante, dado que la Comisión no se apoyó expresamente en la existencia de una restricción de la competencia en virtud del objeto, en aplicación de la jurisprudencia citada en el anterior apartado 98, para verificar si las TMI constituyen una restricción de la competencia por sus efectos, es preciso examinar el juego de la competencia en el contexto real en el que tendría lugar sin las referidas TMI.

142 En segundo lugar, las demandantes manifiestan, en sustancia, que el hecho de que las TMI incidan en el importe de los MSC carece sin embargo de incidencia en la competencia entre adquirentes, porque se aplican de igual manera a todos los adquirentes y operan como un coste de entrada común. Así pues, la prohibición de la tarificación *ex post* equivaldría a imponer una TMI a tipo cero que desde el punto de vista de la competencia sería equivalente a la TMI actual y tan transparente como ella, con la sola diferencia de su cuantía.

143 Tal alegación no puede prosperar. Como quiera que se reconoce que las TMI fijan un importe mínimo para los MSC, y que la Comisión podía apreciar válidamente que un sistema MasterCard que funcionara sin TMI seguiría siendo económicamente viable, de ello deriva necesariamente que producen efectos restrictivos de la competencia. En efecto, en comparación con un mercado de

adquisición que funcionara sin ellas, las TMI limitan la presión que los comerciantes pueden ejercer sobre los bancos adquirentes cuando negocian los MSC, al reducir la posibilidad de que los precios bajen de cierto nivel.

144 En tercer lugar, una coadyuvante pone de relieve que la Comisión no ha demostrado que las TMI determinaban un importe mínimo de los MSC, ya que las TMI no se repercuten necesariamente en su totalidad en los comerciantes.

145 En primer término, antes de apreciar el fundamento de esa alegación es apropiado responder a las alegaciones de las demandantes, presentadas formalmente dentro de la segunda parte de su cuarto motivo, que impugnan algunos medios de prueba empleados por la Comisión para su demostración.

146 Las demandantes impugnan la referencia en el considerando 438 de la Decisión impugnada a las declaraciones de una compañía petrolera, de una cadena de supermercados situada en el Reino Unido, de una compañía aérea y de un comercio de mobiliario, según las cuales las TMI constituían el límite al ejercicio de la presión competitiva que podían ejercer sobre los bancos adquirentes. Estiman que la Comisión se basó de manera selectiva sólo en las declaraciones de los comerciantes que favorecían su análisis, omitiendo importantes declaraciones en sentido contrario, mencionadas en la RPCA.

147 Es cierto que de las declaraciones mencionadas en la RPCA resulta que existe una competencia entre adquirentes por la clientela integrada por los comerciantes. Sin embargo, no hay contradicción con las declaraciones resaltadas en el considerando 438 de la Decisión impugnada ni de forma más general con el razonamiento de la Comisión. En efecto, la circunstancia de que exista una competencia sobre los precios de los MSC hasta un límite derivado de la existencia de las TMI no impedía en absoluto que la Comisión constatara que éstas entraban en el campo de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1.

148 Las demandantes mantienen por otra parte que el estudio de mercado de los comerciantes es un medio de prueba viciado, inapropiado para justificar las conclusiones de la Comisión.

149 Hay que subrayar que el estudio de mercado de los comerciantes fue utilizado, en esencia, por la Comisión para justificar tres conclusiones. Ante todo, como se ha destacado en los anteriores apartados 146 y 147, la Comisión se basó en declaraciones de los comerciantes interrogados en el contexto de dicho estudio para demostrar que las TMI constituían un límite al ejercicio de la presión competitiva que podían ejercer sobre los bancos adquirentes.

150 En segundo lugar, la Comisión dedujo de ese estudio que los comerciantes no estaban en condiciones de ejercer una presión suficiente en el importe de las TMI porque un aspecto esencial en la aceptación de los pagos con tarjetas por los comerciantes era la atracción que representaban para los consumidores, y por consiguiente el rechazo de ese medio de pago o una discriminación al respecto podía tener consecuencias negativas sobre su clientela. Esa segunda conclusión fue utilizada por la Comisión, entre otros aspectos, en el contexto de la definición del mercado de productos (considerandos 289 y 290 de la Decisión impugnada), de la demostración de la existencia de efectos restrictivos de la competencia causados por las TMI (considerandos 506 y 513 de la Decisión impugnada) y para rebatir el fundamento de la teoría económica expuesta por las demandantes para justificar la contribución de las TMI al progreso técnico y económico en el sentido del primer requisito del artículo 81 CE, apartado 3 (considerando 704 de la Decisión impugnada).

151 Por último, y a mayor abundamiento, en el análisis del cumplimiento por los métodos de fijación de las TMI del segundo requisito establecido por el artículo 81 CE, apartado 3, la Comisión también se refirió al estudio de mercado de los comerciantes para apreciar, en sustancia, que era dudoso que los comerciantes se beneficiaran del período de financiación gratuita de las compras incluido en las tarjetas de crédito y de débito aplazado (considerando 742 de la Decisión impugnada).

152 En su RPCA las demandantes criticaron el método seguido por la Comisión para llevar a cabo el estudio de mercado de los comerciantes y las conclusiones deducidas de éste. También aportaron dos estudios relativos a la aceptación por los comerciantes de las tarjetas de pago. La Comisión respondió a los comentarios de las demandantes y manifestó sus críticas contra los estudios presentados por éstas en los anexos 2 y 3 de la Decisión impugnada, respectivamente. Ese análisis de la Comisión se impugna sumariamente en la demanda, que remite sobre ese aspecto al anexo A.15 de la demanda («La aceptación por los comerciantes de las tarjetas de pago — Una refutación de la crítica de la Comisión»).

153 Se observa que las críticas de las demandantes atañen tanto a la fiabilidad del estudio de mercado de los comerciantes como al fundamento de las conclusiones que la Comisión dedujo de él.

154 Para apreciar la fiabilidad de un medio de prueba es necesario tener en cuenta, en especial, las circunstancias de su elaboración, su destinatario y su contenido (véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de 27 de septiembre de 2006, Dresdner Bank y otros/Comisión, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP, Rec. p. II-3567, apartado 121, y la jurisprudencia citada).

155 Es preciso apreciar que la lectura de los anexos 2 y 3 de la Decisión impugnada y del anexo A.15 de la demanda no pone de manifiesto aspectos que puedan desvirtuar la fiabilidad del estudio de mercado de los comerciantes.

156 Más específicamente, la circunstancia de que la Comisión haya actuado mediante solicitudes de información en virtud del artículo 18 del Reglamento (CE) nº 1/2003 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), revelando así su identidad a los comerciantes interrogados, no puede considerarse apta para desvirtuar la objetividad de las respuestas obtenidas. En cuando a la crítica fundada en la sobrerrepresentación de los comerciantes de importante dimensión en la muestra elegida por la Comisión, basta destacar que la opción de prestar atención principal a los comerciantes más capaces de ejercer una presión sobre el importe de las TMI no se revela fundada en un razonamiento manifiestamente erróneo de la Comisión, a la luz de las circunstancias del presente asunto.

157 En lo que atañe al fundamento de las conclusiones que la Comisión dedujo del estudio de mercado de los comerciantes, además de lo ya expuesto en los anteriores apartados 146 y 147, en esta fase sólo son relevantes las críticas contra la apreciación de la insuficiente presión que pueden ejercer los comerciantes sobre el importe de las TMI. Es preciso constatar que la Comisión podía llegar razonablemente a esa conclusión basándose en las respuestas de los comerciantes a sus solicitudes de información. De esa forma, del punto 22 del anexo 2 de la Decisión impugnada resulta que la gran mayoría (91 %) de los comerciantes pusieron de manifiesto que jamás habían renunciado a aceptar una tarjeta como medio de pago. Los comerciantes también precisaron que las principales razones que les movían a aceptar las tarjetas no estaban ligadas a los beneficios de las operaciones sino más bien al hecho de que la mayoría de los clientes poseían una tarjeta específica (90 %) y a la necesidad de mantener la imagen de una empresa atenta a los clientes (67 %).

158 Es cierto que, como en sustancia alegan las demandantes, no cabe negar que el riesgo de que los comerciantes rehúsen o disuadan el uso de las tarjetas puede constituir una presión sobre las demandantes al fijar el importe de las TMI. No obstante, sin cometer un error manifiesto de apreciación la Comisión podía válidamente calificarla como insuficiente, dado que sólo tendría lugar por encima de cierto límite máximo de tolerancia de los comerciantes, cuando el coste de la operación deviniera superior a los efectos negativos en su clientela que tendría la negativa a aceptar ese medio de pago, o una discriminación contra esa clientela. Así lo reconocen en sustancia las propias demandantes, quienes explican que, en el contexto del método usado para determinar el importe de las TMI de las tarjetas de crédito y de débito aplazado «intentan responder a la pregunta: hasta qué importe podríamos alzar las [TMI] sin tropezar con graves problemas de aceptación que llevaran a los

comerciantes a manifestar que ya no quieren ese producto o que les incitaran a disuadir a los clientes del uso de la tarjeta, bien facturando un suplemento, bien ofreciendo un descuento por el pago en metálico» (considerando 175 de la Decisión impugnada).

159 En segundo término, acerca de la alegación de una coadyuvante, basada en que la Comisión apreció equivocadamente que las TMI determinaban un límite mínimo de los MSC, siendo así que varios factores contradicen esa conclusión, es preciso, de entrada, desestimar la alegación fundada en la falta de descenso del importe las TMI o de los precios al por menor, observada tras la adopción de la Decisión impugnada, ya que esa alegación se apoya en una situación de hecho posterior a ésta, que, por tanto, carece forzosamente de incidencia en la legalidad del acto adoptado.

160 La coadyuvante se refiere, además, en primer término, a la circunstancia de que en el caso de operaciones «on-us», el banco tiene la libertad de no repercutir el importe de la comisión de intercambio en el comerciante. Destaca seguidamente que de los ejemplos empleados por la Comisión en la Decisión impugnada resulta que las TMI no se repercuten siempre en los comerciantes. Por último, observa que una comparación en España a lo largo de varios años demuestra que el importe de los MSC es, como promedio, inferior al importe de las TMI.

161 Ante todo, acerca de la referencia a las operaciones «on-us» (operaciones internas), hay que recordar que se trata de supuestos en los que un banco adquiere las operaciones realizadas con las tarjetas que ha emitido. Es cierto que en ese caso el banco no adeuda la comisión de intercambio a otro banco y que por tanto le es más fácil en principio no repercutirla en los MSC. No obstante, considerando el número muy grande de establecimientos financieros que participan en el sistema MasterCard, hay que subrayar que esas operaciones «on-us» sólo pueden representar una parte difícilmente previsible de la totalidad de las operaciones realizadas con un comerciante. Por consiguiente, es dudoso que las operaciones «on-us» puedan tener realmente una incidencia en el importe de los MSC facturados en un sistema de la dimensión de MasterCard.

162 A continuación, en cuanto a los aspectos en los que se basó la Comisión en la Decisión impugnada, en el contexto del segundo análisis cuantitativo que realizó, resumido en los considerandos 432 a 436 de la Decisión impugnada, se debe señalar que se comparó la parte de las TMI en los MSC facturados por 17 adquirentes a sus comerciantes más pequeños y a los más importantes. De ello resulta que, de un total de 17 adquirentes, 12 facturaban MSC superiores a las TMI, incluso a sus comerciantes más importantes. Para los comerciantes más pequeños el importe de los MSC era siempre superior al de las TMI. También se observó que la proporción media de las TMI en los MSC era de 84,27 % para los comerciantes de gran dimensión y de 45,97 % para los pequeños.

163 A la vista de ese análisis se pone de manifiesto que la Comisión podía concluir válidamente en el considerando 435 de la Decisión impugnada que «las TMI de [la organización de pago] MasterCard determinaban un límite mínimo de los gastos imputados tanto a los pequeños como a los grandes comerciantes». El fundamento de esa conclusión se refuerza además por los testimonios de los comerciantes mencionados en el anterior apartado 146.

164 Los pocos ejemplos de MSC de cuantía inferior a las TMI no contradicen el fundamento de esa conclusión. En efecto, como la Comisión pone de relieve, con razón, en el considerando 450 de la Decisión impugnada, la circunstancia de que un banco de adquisición esté dispuesto a «absorber» una parte de las TMI no impide que éstas influyan en el precio de los MSC. Por un lado, ello sólo tiene lugar para una parte de los comerciantes, los que disponen de un poder de negociación especialmente alto. Por otro, puede considerarse fundadamente que incluso en el caso de esos comerciantes el precio facturado sería aún menor sin las TMI, pues en tal situación los bancos adquirentes están en condiciones de ofrecer mayores reducciones.

165 En lo que atañe finalmente a la alegación basada en la situación en España, es necesario constatar que de los documentos presentados por esa coadyuvante como anexo de su escrito de formalización de la intervención resulta, efectivamente, que los importes de los MSC facturados eran equivalentes a los de las TMI, incluso inferiores. Sin embargo, esa alegación no puede demostrar por sí sola el carácter erróneo de la conclusión de la Comisión sobre el efecto de las TMI en los MSC. En efecto, toda vez que los factores mencionados en los anteriores apartados 162 y 163 tienden a acreditar que en otros Estados miembros de la Unión las TMI determinan un límite mínimo de los MSC, la argumentación expuesta por la Comisión en los considerandos 452 y 453 de la Decisión impugnada, según la cual la situación en España se explica por particularidades nacionales, no se revela manifiestamente errónea. Además, incluso en esa situación puede presumirse razonablemente que sin las TMI los bancos adquirentes estarían en condiciones de ofrecer MSC inferiores.

166 En cuarto lugar, por último, también debe desestimarse la alegación de las demandantes fundada en que el efecto de las TMI en los precios pagados por el consumidor final no ha sido claramente demostrado por la Comisión. Por un lado, puede concluirse razonablemente que el aumento del importe de los MSC se repercute al menos en parte por los comerciantes en el consumidor final. Por otro lado, esa alegación carece de pertinencia en cualquier supuesto ya que el hecho de que las TMI puedan restringir la presión competitiva que pueden ejercer los comerciantes sobre los adquirentes basta para acreditar la existencia de efectos restrictivos de la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1.

167 Por cuanto antecede también debe desestimarse esa segunda alegación.

Sobre las alegaciones basadas en el examen del mercado de productos

168 Las demandantes y varias coadyuvantes reprochan, en sustancia, a la Comisión haber omitido considerar en su razonamiento la naturaleza dual del mercado e impugnan la definición del mercado de productos enunciada por la Comisión.

169 En primer término, acerca de las críticas de la definición del mercado de productos enunciada por la Comisión, conviene recordar que según reiterada jurisprudencia, la definición del mercado afectado, en cuanto implica apreciaciones económicas complejas por la Comisión, sólo puede ser objeto de un control restringido por el juez de la Unión (véanse en ese sentido las sentencias del Tribunal de 30 de marzo de 2000, Kish Glass/Comisión, T-65/96, Rec. p. II-1885, apartado 64, y de 6 de junio de 2002, Airtours/Comisión, T-342/99, Rec. p. II-2585, apartado 26).

170 En segundo término, hay que destacar que el mercado que debe tomarse en consideración agrupa al conjunto de productos que, en razón de sus características, son especialmente aptos para satisfacer necesidades permanentes y escasamente sustituibles por otros productos (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 37). El Tribunal de Justicia ha declarado, más concretamente, que el concepto de mercado de productos implica que pueda existir una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado (sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, apartado 28).

171 También se ha de subrayar que la delimitación del mercado no desempeña el mismo papel según se trate de aplicar el artículo 81 CE o 82 CE. En el marco de la aplicación del artículo 82 CE, la adecuada definición del mercado de referencia es un requisito necesario y previo a la valoración de un comportamiento supuestamente contrario a la competencia, puesto que, antes de acreditar la existencia de un abuso de posición dominante, hay que acreditar la existencia de una posición dominante en un mercado determinado, lo que implica que dicho mercado haya sido previamente delimitado. Para la aplicación del artículo 81 CE es preciso definir el mercado de referencia para determinar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trate puede afectar

al comercio entre Estados miembros y tiene por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. Por esta razón, en el marco de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, las críticas formuladas contra la definición del mercado efectuada por la Comisión no tienen una dimensión autónoma con respecto a las relativas al perjuicio del comercio entre Estados miembros y a la distorsión de la competencia. Se ha juzgado asimismo que la impugnación de la definición del mercado pertinente es inoperante si, basándose en los documentos mencionados en la Decisión impugnada, la Comisión ha llegado correctamente a la conclusión de que el acuerdo de que se trataba falseaba la competencia y podía afectar de manera sensible al comercio entre Estados miembros (véase la sentencia del Tribunal de 11 de diciembre de 2003, Adriatica di Navigazione/Comisión, T-61/99, Rec. p. II-5349, apartado 27, y la jurisprudencia citada).

172 Como se ha señalado en los anteriores apartados 21 a 23, la Comisión estimó que los sistemas de tarjetas bancarias cuatripartitos funcionaban en tres mercados diferentes, un mercado intersistemas, un mercado de emisión y un mercado de adquisición, y se basó en los efectos restrictivos de las TMI en el mercado de adquisición.

173 Es preciso constatar que esa definición no es manifiestamente errónea y que su impugnación por las demandantes y las coadyuvantes no es convincente.

174 Las demandantes afirman, en sustancia, que la Comisión apreció erróneamente la existencia de un mercado autónomo de adquisición, ya que el sistema cuatripartito ofrece un servicio único a la demanda conjunta integrada por los tenedores de tarjetas y los comerciantes.

175 Debe desestimarse esa alegación, puesto que la Comisión no cometió ningún error manifiesto de apreciación al concluir en los considerandos 260 a 265 de la Decisión impugnada que no existía un servicio único ofrecido en respuesta a una demanda conjunta de los comerciantes y de los titulares de tarjetas.

176 Es cierto, efectivamente, que existen algunas interacciones entre los sectores «emisión» y «adquisición», como el carácter complementario de los servicios de emisión y de los servicios de adquisición y la concurrencia de efectos de redes indirectos, en el sentido de que el grado de aceptación de las tarjetas por los comerciantes y el número de tarjetas en circulación influyen entre sí.

177 No obstante, hay que poner de relieve que, pese a esa complementariedad, los servicios prestados a los titulares de tarjetas y a los comerciantes pueden diferenciarse, por una parte y, por otra, los titulares de tarjetas y los comerciantes ejercen presiones competitivas separadas sobre los bancos emisores y los bancos adquirentes, respectivamente.

178 Esa conclusión no se desvirtúa por la circunstancia señalada por varias coadyuvantes de que los bancos emisores prestan servicios a los comerciantes, como la garantía de pago en caso de fraude, de impago o de insolvencia. En efecto, aunque los bancos emisores prestan efectivamente esos servicios, lo hacen a través de los bancos adquirentes. En otros términos, los comerciantes no ejercen directamente una presión competitiva sobre los bancos emisores para la prestación de esos servicios.

179 Una coadyuvante reprocha también a la Comisión no haber tenido en cuenta en su análisis de los efectos restrictivos de la competencia por las TMI los otros medios de pago, bien en el contexto de un mercado único con los sistemas de tarjetas bancarias, bien ejerciendo una presión competitiva, en cualquier caso.

180 Esta argumentación también debe desestimarse. Es verdad que la presión competitiva de los otros medios de pago influye en el importe de las TMI dado que ni a las demandantes ni a los bancos les interesa que las TMI se fijen a tal nivel que los comerciantes lleguen a preferir otros medios de pago. No obstante, como se ha puesto de relieve en los anteriores apartados 157 y 158, la Comisión podía apreciar válidamente en los considerandos 504 y 506 de la Decisión impugnada, sin cometer un error

manifiesto de apreciación, que el efecto de esa presión era insuficiente, dada la preferencia de los consumidores por el pago mediante tarjeta y el riesgo de pérdida de operaciones que podía originar una discriminación a favor de otros medios de pago.

181 En segundo término, en cuanto a las críticas sobre la falta de consideración de la naturaleza dual del mercado, hay que subrayar que de esa forma las demandantes invocan las ventajas económicas derivadas de las TMI. Así pues, en sustancia, las demandantes ponen de relieve que las TMI permiten optimizar el funcionamiento del sistema MasterCard financiando los gastos destinados a fomentar la aceptación de los tenedores de tarjetas y el uso de éstas. De ello deducen que no interesa a los bancos fijar las TMI en una cuantía excesiva y que los comerciantes se benefician de las TMI. Las demandantes también reprochan a la Comisión haber dejado de lado el impacto de su Decisión en los tenedores de tarjetas, centrándose únicamente en los comerciantes. Sobre ello varias coadyuvantes añaden que en un sistema que funcionara sin TMI se verían obligadas a limitar las ventajas concedidas a los tenedores de tarjetas, incluso a reducir su actividad.

182 Esas críticas carecen de pertinencia dentro de un motivo basado en la vulneración del artículo 81 CE, apartado 1, ya que implican la ponderación de los efectos restrictivos de la competencia por las TMI, válidamente apreciados por la Comisión, con las eventuales ventajas económicas que podrían derivar de ellas. Ahora bien, sólo en el marco preciso del artículo 81 CE, apartado 3, se puede proceder a una ponderación de los aspectos de una restricción que sean favorables o contrarios a la competencia (véase en ese sentido la sentencia Van den Bergh Foods/Comisión, apartado 101 *supra*, apartado 107, y la jurisprudencia citada).

Sobre la alegación referida al examen de los medios de prueba económicos presentados en el procedimiento administrativo

183 Las demandantes reprochan a la Comisión no haber examinado o respondido a los medios de prueba económicos que presentaron durante el procedimiento administrativo. En contra de lo que alega la Comisión, esa crítica, formulada en su demanda, debe considerarse admisible. También lo son los medios de prueba anexos a la demanda, ya que guardan relación con cuestiones de hecho, ello en contra de los argumentos de la Comisión expuestos en un anexo al escrito de contestación, no mencionados en ese escrito.

184 En aplicación de la jurisprudencia citada en los anteriores apartados 68 a 70, aunque ciertos extremos específicos del texto de la demanda pueden apoyarse y completarse mediante remisiones a pasajes determinados de documentos adjuntos a ella, una remisión global a otros escritos, aunque figuren como anexo de la demanda, no puede paliar la falta de los elementos esenciales en ésta.

185 Hay que constatar que la alegación de las demandantes se presenta de una forma especialmente sucinta en la demanda y que la argumentación que la sustenta está desarrollada en realidad en los anexos A. 13 («Comentarios sobre los aspectos económicos de la Decisión de la Comisión Europea sobre las tasas de intercambio de [la organización de pago] MasterCard para las operaciones transfronterizas, notificada el 19 de diciembre de 2007»), A.14 («Comentarios sobre el anexo 4 de la Decisión de la Comisión») y A.15 («La aceptación por los comerciantes de las tarjetas de pago — Una refutación de la crítica de la Comisión»), redactados por los diferentes expertos de quienes proceden las pruebas económicas presentadas durante el procedimiento administrativo y a los que hacen remisión global las demandantes.

186 De esa forma, en los apartados 52 a 54 de la demanda, las demandantes se limitan a manifestar que aportaron argumentos económicos sustantivos durante el procedimiento administrativo, no acogidos o bien deformados por la Comisión, y que las «conclusiones de [sus] economistas» apoyan su análisis jurídico según el cual la Comisión «se equivocó en particular al concluir que la comisión de intercambio [era] una limitación de la competencia, al centrarse en el impacto de la comisión de intercambio (o de las diferencias en su cuantía) en los MSC, sin examinar el efecto en los gastos de

los tenedores de tarjetas, al rebatir que el mecanismo [tenía que] fijar un nivel de comisión de intercambio que maximizara el volumen de operaciones, y al no considerar que ello prom[ovía] el bienestar del consumidor».

187 Por consiguiente, se ha de constatar que, si bien la demanda presenta el enunciado de la alegación de las demandantes, no comprende una argumentación apta para sustentarla.

188 En consecuencia, la Comisión objeta válidamente que no se deducen del texto de la demanda datos lo bastante precisos para que el Tribunal pueda ejercer su control y la Comisión prepare su defensa.

189 De ello resulta que no corresponde al Tribunal buscar dentro de los anexos A.13 a A.15 lo que pueda constituir la argumentación de las demandantes en apoyo de su alegación, por un lado y, por otro que ésta debe declararse inadmisible en virtud del artículo 44, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento porque no comprende los aspectos esenciales que permitan al Tribunal ejercer su control y a la Comisión preparar su defensa.

190 Por lo demás, conviene subrayar que la presente alegación, en cuanto parece criticar a la Comisión por no haber atendido a los argumentos económicos que demostraban supuestamente las ventajas derivadas de las TMI para el sistema MasterCard, los tenedores de tarjetas o el consumidor en general, carece de pertinencia dentro de un motivo fundado en la infracción del artículo 81 CE, apartado 1. En efecto, esas consideraciones, suponiendo que estuvieran suficientemente sustentadas, sólo podrían tenerse en cuenta en cualquier caso al controlar el examen de las TMI por la Comisión a la luz del artículo 81 CE, apartado 3.

Sobre la alegación referida a la motivación de la Decisión impugnada

191 Algunas coadyuvantes imputan a la Decisión impugnada una falta de motivación dado que la Comisión no justificó en ella su cambio de criterio en relación con la precedente Decisión relativa a los efectos de las TMI, a saber, la Decisión de 24 de julio de 2002, relativa a un procedimiento con arreglo al artículo 81 [CE] (Comp/29.373 — Visa international) (en lo sucesivo, «Decisión Visa II»). Recuerdan que, en ésta, la Comisión había reconocido que las TMI constituían una remuneración entre los bancos que deben actuar conjuntamente en relación con el pago de una operación con tarjeta de pago y que, por tanto, no pueden elegir a la otra parte interesada, por un lado, y por otro lado, que un emisor prestaba servicios en beneficio del comerciante, a través del adquirente. Pues bien, en el presente asunto la Comisión reconoce la necesidad de un mecanismo por defecto, al referirse a la prohibición de las tarificaciones *ex post*, pero establece una presunción en contra de cualquier TMI.

192 En cualquier caso, sin que sea necesario preguntarse sobre la admisibilidad de tal alegación, basta destacar que descansa en una premisa errónea. En efecto, si bien en la Decisión Visa II la Comisión estimó que las TMI de Visa podían ser objeto de exención en virtud del artículo 81 CE, apartado 3, lo hizo después de concluir que restringían la competencia practicada entre los adquirentes, en especial (considerando 68 de la Decisión Visa II). La Comisión consideró también que las TMI no eran objetivamente necesarias para el funcionamiento del sistema Visa (considerandos 58 a 60 de la Decisión Visa II). Ese es, en sustancia, el análisis seguido por la Comisión en la Decisión impugnada al examinar las TMI de MasterCard a la luz del artículo 81 CE, apartado 1. Así pues, la presente alegación se basa en la comparación de unos considerandos que no tienen el mismo objeto, a saber, el análisis de los efectos restrictivos de la competencia por las TMI de las demandantes, en virtud del artículo 81 CE, apartado 1, en la Decisión impugnada, por un lado, y por otro, el de la concurrencia de las condiciones del artículo 81 CE, apartado 3, en la Decisión Visa II.

193 Debe desestimarse por tanto esta alegación, y por ello el motivo en su totalidad.

2. Sobre el segundo motivo, basado en la infracción del artículo 81 CE, apartado 3

194 Las demandantes presentan este motivo como compuesto de dos partes. En la primera reprochan a la Comisión haber impuesto una carga de la prueba demasiado alta acerca de la demostración de la concurrencia de las condiciones del artículo 81 CE, apartado 3. En la segunda alegan que el análisis de esas condiciones por la Comisión incurre en errores manifiestos de apreciación.

195 En la primera parte del motivo las demandantes mantienen, en sustancia, que la Comisión estaba obligada a analizar las alegaciones y los medios de prueba presentados basándose únicamente en la ponderación de las probabilidades. Así pues, los argumentos presentados por las demandantes durante el procedimiento administrativo habrían debido llevar a la Comisión, en defecto de oponer una explicación o una justificación, a concluir que esas partes habían demostrado que las TMI cumplían las condiciones del artículo 81 CE, apartado 3. También afirman que el principio *in dubio pro reo* es aplicable y que por tanto, en caso de duda, la Comisión estaba obligada a pronunciarse a favor de las demandantes. Por último, algunas coadyuvantes alegan en sustancia que la Decisión impugnada equivale a exigir a las demandantes que justifiquen la fijación de las TMI a un nivel específico, en lugar de demostrar el carácter razonable de la metodología seguida para fijarlas, lo que representa una carga de la prueba muy alta.

196 Como establece el artículo 2 del Reglamento nº 1/2003, la empresa o la asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del artículo 81 CE, apartado 3, deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado. En consecuencia, quien invoque el artículo 81 CE, apartado 3, debe demostrar que se cumplen esas condiciones mediante la presentación de argumentos y pruebas convincentes (véase la sentencia del Tribunal de 27 de septiembre de 2006, GlaxoSmithKline Services/Comisión, T-168/01, Rec. p. II-2969, apartado 235, y la jurisprudencia citada).

197 Por su parte, la Comisión debe examinar adecuadamente estas alegaciones y pruebas, determinando si demuestran la concurrencia de los requisitos para la aplicación del artículo 81 CE, apartado 3. En algunos casos, estas alegaciones y pruebas pueden ser tales que la obliguen a la presentación de una explicación o de una justificación, que, de no producirse, permite concluir que la carga de la prueba que incumbe a quien invoca el artículo 81 CE, apartado 3, ha sido observada. La Comisión debe en tal caso rebatir estas alegaciones y pruebas (véase la sentencia GlaxoSmithKline Services/Comisión, apartado 196 *supra*, apartado 236, y la jurisprudencia citada).

198 Toda vez que no es posible analizar de forma abstracta si la Comisión vulneró la jurisprudencia citada en el anterior apartado 197, deben examinarse conjuntamente las dos partes de este motivo.

199 Toda decisión de una asociación de empresas que restrinja la competencia, bien por sus efectos, bien por su objeto, puede, en principio, beneficiarse de una exención en virtud del artículo 81 CE, apartado 3 (véase en ese sentido la sentencia GlaxoSmithKline Services/Comisión, apartado 196 *supra*, apartado 233, y la jurisprudencia citada).

200 La aplicación de esta disposición depende de ciertos requisitos, cuya concurrencia es a un tiempo necesaria y suficiente. Es necesario, en primer lugar, que la decisión o la categoría de decisiones de asociaciones de empresas contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos de que se trate o a fomentar el progreso técnico o económico; en segundo lugar, que se reserve a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante; en tercer lugar, que no imponga a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables, y, en cuarto lugar, que no les ofrezca la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate (véase en ese sentido la sentencia GlaxoSmithKline Services/Comisión, apartado 196 *supra*, apartado 234, y la jurisprudencia citada).

201 Conviene recordar que el juez que conoce de un recurso de anulación de una decisión por la que se aplica el artículo 81 CE, apartado 3, ha de ejercer, en la medida en que concurran apreciaciones económicas complejas, un control que se limita, en cuanto al fondo, a la comprobación de la exactitud material de los hechos, de la inexistencia de error manifiesto de apreciación de tales hechos y de la exactitud de las consideraciones jurídicas inferidas (véase la sentencia GlaxoSmithKline Services/Comisión, apartado 196 *supra*, apartado 241, y la jurisprudencia citada).

202 Sin embargo, no sólo le corresponde verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos. En cambio, no le corresponde sustituir la apreciación económica del autor de la decisión cuya legalidad debe controlar por la suya propia (sentencia GlaxoSmithKline Services/Comisión, apartado 196 *supra*, apartados 242 y 243).

203 En lo referido al examen por la Comisión de la primera condición enunciada por el artículo 81 CE, apartado 3, las demandantes le reprochan haberse centrado en la cuestión de si el progreso técnico y económico derivaba específicamente de las TMI, siendo así que debían considerarse todas las ventajas del sistema MasterCard. Afirman que la primera condición se cumplía en cualquier supuesto, incluso si se tuvieran que examinar las TMI de manera separada, considerando la maximización del sistema MasterCard que éstas permiten. Reprochan al respecto a la Comisión haber omitido apreciar los efectos positivos de las TMI en el mercado de emisión y haberles impuesto una carga de la prueba excesiva, pese a que la propia Comisión reconoce que las TMI pueden contribuir a la mejora del progreso técnico y económico.

204 Algunas coadyuvantes subrayan las ventajas objetivas, directas e indirectas, que pueden atribuirse a las TMI. En cuanto a las ventajas directas, los comerciantes se benefician de la gestión de la operación por el emisor y son los principales beneficiarios de la garantía de pago, asumida por el emisor y financiada por las TMI. Recuerdan que los otros medios de pago generan elevados gastos para los comerciantes, repercutidos también en el conjunto de los consumidores. Respecto a las ventajas indirectas, hacen referencia al período de financiación gratuita existente en las tarjetas de débito aplazado y de crédito, que permite estimular las compras y elevar su importe. También ponen de manifiesto la diferencia de criterio entre la Decisión impugnada y la Decisión Visa II sobre ese aspecto. La falta de explicación sobre esa diferencia de criterio constituye una falta de motivación.

205 La Comisión solicita que se desestime este motivo. Algunas partes intervinientes en apoyo de sus pretensiones refutan que las TMI puedan considerarse la contrapartida de ventajas de las que se benefician los comerciantes.

206 En virtud del primero de los requisitos establecidos por el artículo 81 CE, apartado 3, los acuerdos que pueden quedar exentos deberán «[contribuir] a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico». A este respecto, debe indicarse que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal General se deduce que la mejora no puede identificarse con todas las ventajas que las partes contratantes obtienen del acuerdo en relación con su actividad de producción o de distribución. Esta mejora debe presentar, en particular, ventajas objetivas apreciables que puedan compensar los inconvenientes que el acuerdo genera en el ámbito de la competencia (véase la sentencia Van den Bergh Foods/Comisión, apartado 101 *supra*, apartado 139, y la jurisprudencia citada).

207 Es preciso desestimar, de entrada, la crítica de las demandantes basada en que la Comisión erró al examinar únicamente las TMI, sin considerar la contribución del sistema MasterCard en su conjunto al progreso técnico y económico, pese a que ella misma reconoce la realidad de esa contribución. En efecto, dado que las TMI no constituyen restricciones accesorias en relación con el sistema MasterCard, la Comisión examinó válidamente si existían ventajas objetivas considerables derivadas

específicamente de las TMI. Así pues, el hecho de que la Comisión reconociera en el considerando 679 de la Decisión impugnada que los sistemas de tarjetas de pago, como el sistema MasterCard, constituyen un progreso técnico y económico carece de incidencia en la cuestión de si las TMI cumplen la primera condición establecida en el artículo 81 CE, apartado 3.

208 De los considerandos 674 a 677 de la Decisión impugnada, cuyo contenido sustantivo no impugnan las demandantes, resulta que su argumentación, expuesta durante el procedimiento administrativo, se apoya en la función de las TMI en el equilibrado entre los sectores «emisión» y «adquisición» del sistema MasterCard.

209 Esa argumentación afirma, en consecuencia, como postulado que los bancos emisores y los bancos adquirentes prestan un servicio conjunto que implica costes comunes (primer postulado) y que los bancos emisores soportan la mayor parte de los costes del sistema (segundo postulado). En consecuencia, para que puedan continuar promoviendo las tarjetas de pago y prestar servicios que las hagan atractivas, es necesaria una transferencia a su favor desde el sector «adquisición» del sistema. Esa transferencia permite lograr un equilibrio a cuyo nivel la producción del sistema MasterCard alcanza su grado máximo (tercer postulado). Esa maximización del sistema MasterCard origina el progreso técnico y económico que representa tal sistema. Los métodos de fijación de las TMI aplicados por las demandantes permiten un reparto óptimo de los costes entre los sectores «adquisición» y «emisión» del sistema.

210 En lo que atañe al primer postulado, por razones semejantes a las mencionadas en los anteriores apartados 175 a 177, basta poner de relieve que, a pesar de las interacciones existentes entre las actividades de emisión de tarjetas y de adquisición de las operaciones realizadas, la Comisión no cometió un error manifiesto de apreciación al refutar en los considerandos 681 y 682 de la Decisión impugnada la calificación de costes comunes ligados a un servicio conjunto que las demandantes propugnan.

211 En cuanto al segundo postulado, como la Comisión señaló en el considerando 686 de la Decisión impugnada, basta poner de relieve que descansa en una presentación parcial de las actividades de emisión y de adquisición que sólo tiene en cuenta los costes soportados por los bancos de emisión, omitiendo los ingresos u otras ventajas económicas que éstos obtienen de su actividad de emisión de tarjetas, a pesar de su importancia, resaltada en los anteriores apartados 106 a 108.

212 Finalmente, respecto al tercer postulado, hay que señalar que la Comisión no se limitó a desestimar los medios de prueba aportados por las demandantes porque no tenían fuerza probatoria suficiente, sino que también puso de manifiesto en los considerandos 702 a 708 y 709 a 724 de la Decisión impugnada que tanto el funcionamiento del sistema MasterCard como los métodos de fijación de las TMI se separaban mucho del modelo teórico —el modelo de Baxter— en el que las demandantes apoyan su argumentación.

213 Así pues, al comparar el sistema MasterCard con el modelo de Baxter, la Comisión puso de manifiesto, en especial, una diferencia fundamental en los motivos de la aceptación de las tarjetas de pago por los comerciantes. En sustancia, si bien el modelo de Baxter implica una libre aceptación de esas tarjetas por los comerciantes a causa de las ventajas que para ellos representan los servicios ligados a ese medio de pago, en la práctica esa aceptación también está motivada por la presión que ejerce la demanda de los consumidores a favor de ese medio de pago y el riesgo de pérdida de operaciones asociado a una denegación o una discriminación contra ellos.

214 En lo que atañe a los métodos aplicados para la fijación de las TMI, la Comisión subrayó las diferencias entre la práctica seguida por las demandantes y el modelo de Baxter.

215 En cuanto al método aplicado a las tarjetas de crédito y de débito aplazado (MasterCard Standard Interchange Methodology, considerandos 710 a 718 de la Decisión impugnada), la crítica esencial de la Comisión se refiere a la endeblez del análisis de la evolución de la demanda de ese medio de pago

por los titulares de tarjetas y por los comerciantes, pese a que se trata de uno de los factores esenciales del modelo de Baxter. De esa forma, la demanda de los comerciantes se estima sólo en relación con el coste potencial de la creación de un sistema de tarjetas de establecimiento comercial. La Comisión señala las limitaciones de ese análisis dado que la generalidad de los comerciantes no tiene la intención ni la posibilidad de crear un sistema de tarjetas de establecimiento comercial. En cuanto al análisis de la demanda de los titulares de tarjetas, la Comisión afirma que las demandantes no miden su evolución sino que se remiten tan sólo las informaciones ofrecidas por los bancos emisores.

216 Respecto al método aplicable a las tarjetas de débito (Global MasterCard Debit Interchange Fee Methodology, considerandos 719 a 724 de la Decisión impugnada), la Comisión, aun reconociendo que está más cerca del modelo de Baxter ya que tiene en cuenta los costes ligados tanto a la emisión como a la adquisición, pone de manifiesto que deriva en sustancia de una visión demasiado amplia de los costes de emisión, incluyendo los gastos inherentes a todo método de pago, como los gastos de mantenimiento de cuenta corriente.

217 Por cuanto antecede es preciso constatar que la Comisión, sin cometer ningún error manifiesto de apreciación, podía desestimar válidamente la argumentación expuesta por las demandantes para justificar la atribución de las ventajas objetivas que pueden derivar del sistema MasterCard a la función que juegan sus TMI.

218 Más en particular, de los anteriores apartados 210 a 215 se deduce que el criterio de las demandantes tiende a sobrevalorar los costes soportados por los bancos emisores, por un lado y, por otro, a evaluar de modo insuficiente las ventajas que obtienen los comerciantes de ese medio de pago.

219 No desvirtúa esa conclusión la argumentación de las demandantes basada en que aportaron numerosos medios de prueba económicos acreditativos del fundamento de su argumentación. Las demandantes remiten en ese contexto a los pasajes pertinentes de su RPCA y a los medios de prueba económicos que se adjuntaban a éste, así como a los anexos A.13 y A.14. Recuerdan también la apreciación que la Comisión expone en el considerando 83 de la Decisión Visa II de que «cuantos más comerciantes están dentro del sistema tanto más útil es éste para los titulares de tarjetas, y a la inversa», que interpretan como un reconocimiento del fundamento de su argumentación.

220 Acerca de ello, como en sustancia manifiesta la Comisión en uno de los anexos de la Decisión impugnada, dedicado a la refutación de los medios de prueba económicos presentados por las demandantes (punto 10 del anexo 4 de la Decisión impugnada), es preciso estimar que, suponiendo incluso que de esos medios se pudiera deducir que las TMI contribuyen a elevar la producción del sistema MasterCard, ello no bastaría para demostrar que cumplen la primera condición del artículo 81 CE, apartado 3.

221 En efecto, hay que constatar que los primeros beneficiarios de un aumento de la producción del sistema MasterCard son la organización de pago MasterCard y los bancos que participan en ella. No obstante, como resulta de la jurisprudencia citada en el anterior apartado 206, la mejora, en el sentido de la primera condición del artículo 81 CE, apartado 3, no puede identificarse con cualquier ventaja que los participantes obtienen del acuerdo en su actividad de producción o de distribución.

222 En lo que atañe a los comerciantes, aunque un aumento del número de tarjetas en circulación puede incrementar la utilidad del sistema MasterCard para ellos, también tiene como consecuencia reducir la presión que pueden ejercer sobre el importe de las TMI, y por tanto aumentar el poder de mercado de las demandantes. En efecto, cabe concluir razonablemente que el riesgo de efectos negativos en la clientela de los comerciantes de una falta de aceptación de ese medio de pago o una discriminación contra éste es tanto más alto cuanto mayor es el número de tarjetas en circulación.

223 Ese razonamiento se halla, en sustancia, en los considerandos 729 y 730 de la Decisión impugnada. En efecto, si bien en el considerando 729 se reconoce «el hecho de [que, en] principio, en un sistema de tarjetas de pago caracterizado por externalidades de red indirectas las tasas de intercambio pueden ayudar a maximizar la utilidad de la red para sus usuarios», también se pone de relieve en el considerando 730 que las TMI pueden utilizarse por los bancos para «conseguir ganancias de eficacia u obtener rentas de ellas».

224 En cuanto a la referencia que figura en el considerando 83 de la Decisión Visa II, hay que observar que, aunque la Comisión reconoció que la utilidad del sistema Visa para cada categoría de usuarios estaba en función del número de usuarios pertenecientes a la otra categoría, también apreció que era difícil determinar la utilidad marginal media de un pago con tarjeta Visa para cada categoría de usuarios, y la necesidad de encontrar un indicador sustitutivo aceptable, que respondiera a sus preocupaciones, entre las que estaba la de que la TMI se fijara a un nivel apto para «maximizar los ingresos» (considerando 80 de la Decisión Visa II). Por tanto, las TMI de Visa obtuvieron una exención no sólo por su contribución al aumento de la producción del sistema, sino porque se determinaban con referencia a tres categorías de costes correspondientes a servicios que podían considerarse realizados al menos en parte en beneficio de los comerciantes, a saber, el coste de gestión de las operaciones, el coste de la prestación de la «garantía de pago» y el coste del período de financiación gratuita (considerandos 84 y 85 de la Decisión Visa II).

225 Pues bien, aun cuando las demandantes afirman en una nota a pié de página de la demanda que «los medios de prueba no refutados aportados hasta la fecha demuestran que la comisión de intercambio representa un poco más de los dos tercios del coste de la garantía de pago, del período sin interés y de los costes de gestión [….] y no comprende siquiera una remuneración por otras varias ventajas, como el aumento de las ventas y las ventajas de cash flow, que los comerciantes también obtienen», debe observarse que esa alegación no se acompaña de ningún medio apto para permitir comprobar su veracidad.

226 Debe concluirse por tanto que, a falta de prueba de la existencia de un nexo lo bastante estrecho entre las TMI y unas ventajas objetivas de las que se beneficien los comerciantes, el hecho de que puedan contribuir a elevar la producción del sistema MasterCard no puede por sí solo demostrar que se cumple la primera condición enunciada en el artículo 81 CE, apartado 3.

227 Las demandantes también reprochan a la Comisión no haber considerado las ventajas derivadas de las TMI para los titulares de las tarjetas, por una parte, y por otra, actuar como «regulador de precios» de las TMI.

228 Acerca de la primera crítica, es cierto que de una jurisprudencia bien asentada se deduce que las ventajas objetivas apreciables a las que se refiere la segunda condición del artículo 81 CE, apartado 3, pueden producirse no sólo en el mercado en cuestión, sino también en otros mercados en los que el acuerdo de que se trata pueda producir efectos beneficiosos, incluso, en general, en relación con todo servicio cuya calidad o eficacia pudiera mejorar por la existencia del acuerdo (sentencias del Tribunal de 28 de febrero de 2002, Compagnie générale maritime y otros/Comisión, T-86/95, Rec. p. II-1011, apartado 343, y GlaxoSmithKline Services/Comisión, apartado 196 *supra*, apartado 248). No obstante, dado que los comerciantes constituyen uno de los dos grupos de usuarios interesados en las tarjetas de pago, la concurrencia misma de la segunda condición establecida por el artículo 81 CE, apartado 3, implica necesariamente que también se demuestre la existencia de ventajas objetivas apreciables para ellos, atribuibles a las TMI.

229 Por consiguiente, a falta de haber aportado esa prueba, la crítica por las demandantes de la insuficiente consideración de las ventajas de las TMI para los titulares de tarjetas es ineficaz en cualquier caso.

230 En su segunda crítica, que recoge la argumentación expuesta dentro de la primera parte del presente motivo, las demandantes y varias coadyuvantes alegan, en sustancia, que la argumentación presentada durante el procedimiento administrativo tuvo como consecuencia imponer la carga de su refutación a la Comisión. También reprochan a la Comisión exigirles que justifiquen la fijación de las TMI en una cuantía específica. Finalmente, las demandantes y algunas coadyuvantes se refieren a la circunstancia de que, con posterioridad a la Decisión impugnada, la Comisión convocó una licitación cuyo objeto era un estudio relativo a los «costes y beneficios para los comerciantes de la aceptación de los diferentes métodos de pago», para poner de relieve, en sustancia, la inexistencia de datos que permitan alcanzar el grado de prueba económica exigido por la Comisión.

231 Es oportuno recordar que la Comisión no incumplió la obligación enunciada por la jurisprudencia citada en el anterior apartado 197, ya que examinó y refutó válidamente el fundamento de la argumentación expuesta por las demandantes durante el procedimiento administrativo.

232 En lo que atañe a la alegación basada en la falta de datos que permitan alcanzar el grado de prueba económica exigido por la Comisión, de suponerla acreditada, no puede implicar una atenuación de la carga de la prueba, ni una inversión de ésta, como parecen afirmar las demandantes. Hay que observar sobre ello que esa dificultad podría considerarse originada por la propia argumentación desarrollada por las demandantes en el procedimiento administrativo.

233 De esa manera, a falta de poder demostrar con precisión el alcance de las ventajas que cabe considerar justificativas de una contrapartida económica de los comerciantes por los costes que soportan los bancos emisores, puede estimarse razonablemente que correspondía a las demandantes, para probar que las TMI cumplían la primera condición enunciada por el artículo 81 CE, apartado 3, identificar los servicios prestados por los bancos emisores de las tarjetas de débito, de débito aplazado o de crédito que constituyeran ventajas objetivas para los comerciantes. También les incumbía demostrar la existencia de una correlación lo bastante clara entre los costes originados por la prestación de esos servicios y el importe de las TMI. Hay que destacar sobre este último aspecto que la determinación de esos costes no puede realizarse haciendo abstracción de los otros ingresos percibidos por los bancos emisores por la prestación de esos servicios o incluyendo costes que no están directamente ligados a ellos.

234 Toda vez que, por las razones mencionadas en los anteriores apartados 214 a 218, la Comisión pudo concluir sin cometer un error manifiesto de apreciación que tanto el método aplicable a las tarjetas de crédito y de débito aplazado como el relativo a las tarjetas de débito no permitían demostrar que se cumplía la primera condición establecida por el artículo 81 CE, apartado 3, la circunstancia, resaltada por varias coadyuvantes, de que las TMI constituyen la contrapartida de ciertas ventajas para los comerciantes no puede acreditar que se cumplen las condiciones de esa disposición, en el contexto del presente asunto.

235 Tampoco cabe reprochar a la Comisión haberse separado sin explicación del criterio que prefirió adoptar en la Decisión Visa II sobre el análisis de las TMI a la luz del artículo 81 CE, apartado 3, puesto que la exención se concedió en la Decisión Visa II en relación con un método de cálculo que limitaba el importe de las TMI a varias ventajas específicas para los comerciantes, lo que diferencia las circunstancias singulares de la adopción de esa Decisión de las del presente caso.

236 Por lo antes expuesto debe concluirse que las demandantes no han demostrado que el razonamiento de la Comisión sobre la primera condición del artículo 81 CE, apartado 3, incurriera en una ilegalidad. Dado que la concurrencia de las condiciones enunciadas por ese artículo era necesaria para su aplicación, debe desestimarse la segunda parte del motivo, sin que haya lugar a examinar las críticas de las demandantes sobre los otros aspectos del análisis de la Comisión en virtud de ese artículo.

237 En consecuencia, también ha de desestimarse la primera parte del motivo, fundada en la carga de la prueba excesivamente alta impuesta a las demandantes. En efecto, de lo antes expuesto resulta que la Comisión examinó los argumentos y los medios de prueba presentados por las demandantes, y pudo concluir válidamente en el contexto del presente asunto que no permitían acreditar la concurrencia de las condiciones para la aplicación del artículo 81 CE, apartado 3. Como quiera que la Comisión pudo concluir válidamente que las demandantes no habían aportado la prueba de la excepción que invocaban, también debe desestimarse la alegación fundada en la vulneración del principio *in dubio pro reo*.

3. Sobre el tercer motivo, basado en la infracción del artículo 81 CE, apartado 1, por la errónea calificación de la organización de pago MasterCard como asociación de empresas

238 Las demandantes, apoyadas por las coadyuvantes, reprochan a la Comisión haber apreciado erróneamente la existencia de una asociación de empresas en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, omitiendo considerar los cambios aportados por la IPO a la estructura y la forma de gobierno de MasterCard, pese a que de ellos resulta que los bancos ya no la controlan y que decide unilateralmente sobre las TMI. Alegan, en especial, que la existencia o no de control de los bancos es un factor pertinente. La Comisión también consideró equivocadamente que los bancos europeos habían seguido asumiendo, tras la IPO, la responsabilidad de las actividades de la organización de pago MasterCard en Europa a través del consejo de administración europeo.

239 Además, las demandantes y varias coadyuvantes impugnan el criterio de la existencia de una comunidad de intereses entre la organización de pago MasterCard y los bancos en relación con la fijación de las TMI, aplicado por la Comisión. Se reprocha a ésta no haber demostrado que la organización de pago MasterCard seguía actuando en interés de los bancos o en su nombre, en lugar del de los accionistas de MasterCard, al fijar las TMI. Una coadyuvante también señala que ese criterio no se apoya en ningún precedente jurisprudencial. Varias coadyuvantes afirman que no están en condiciones de ejercer influencia alguna en los órganos de la organización de pago MasterCard y que ésta les trata como clientes.

240 La Comisión solicita la desestimación de la presente parte del motivo.

241 Según reiterada jurisprudencia, el artículo 81 CE se aplica a las asociaciones en la medida en que sus propias actividades o las de las empresas que pertenecen a ellas estén destinadas a producir los resultados a que se refiere esa disposición (véase la sentencia del Tribunal de 26 de enero de 2005, Piau/Comisión, T-193/02, Rec. p. II-209, apartado 72, y la jurisprudencia citada).

242 También es oportuno recordar que los conceptos de «acuerdo», «decisiones de asociaciones de empresas» y «práctica concertada», desde un punto de vista subjetivo, recogen formas de colusión que comparten la misma naturaleza y que sólo se distinguen por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan (sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, Rec. p. I-4529, apartado 23).

243 Más en particular, según observó el Abogado General Léger en sus conclusiones en el asunto que dio lugar a la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros (C-309/99, Rec. p. I-1577, punto 62), el concepto de «decisiones de asociaciones de empresas» tiene por objeto evitar que las empresas puedan eludir las normas de la competencia simplemente en razón de la forma en que coordinan su conducta en el mercado. Para asegurar la eficacia de este principio, el artículo 81 CE, apartado 1, abarca no sólo las modalidades directas de coordinación de conductas entre empresas (los acuerdos y las prácticas concertadas), sino también las formas institucionalizadas de cooperación, es decir, las situaciones en las que los operadores económicos actúan a través de una estructura colectiva o de un órgano común.

244 Por consiguiente, es preciso verificar si, a pesar de los cambios aportados por la IPO, la organización de pago MasterCard sigue siendo una forma institucionalizada de coordinación del comportamiento de los bancos.

245 En primer término, aunque consta que a partir de la IPO las decisiones sobre las TMI se adoptan por los órganos de la organización de pago MasterCard y que los bancos no participan en ese proceso decisorio, sin embargo resulta de los datos de hecho y de Derecho existentes en la fecha de la Decisión impugnada, fecha pertinente para el examen de su legalidad en aplicación de la jurisprudencia citada en el anterior apartado 64, que los bancos han seguido ejerciendo colectivamente un poder decisorio sobre aspectos esenciales del funcionamiento de la organización de pago MasterCard con posterioridad a la IPO, tanto a nivel nacional como europeo.

246 En primer lugar, en lo que se refiere al funcionamiento de la organización de pago MasterCard a nivel nacional, la Comisión expuso en los considerandos 58 a 62 de la Decisión impugnada, a los que remite el considerando 359 de esta misma, que los bancos estaban facultados para adoptar reglas nacionales específicas aplicables en un mercado determinado y sustitutivas en parte de las reglas de la red mundial. Entre ellas «figuran las reglas por defecto aplicables a todas las operaciones dentro del país, incluidas las adquiridas por miembros situados fuera del país interesado» (considerando 60 de la Decisión impugnada). El ejemplo más emblemático de ese poder decisorio ejercido a nivel nacional está constituido por la fijación de tasas de intercambio nacionales aplicadas con carácter preferente a las TMI. La Comisión también señaló en el considerando 61 de la Decisión impugnada que esas reglas nacionales no tenían que ser aprobadas o certificadas por las demandantes.

247 En segundo lugar, la Comisión podía destacar válidamente en los considerandos 50 a 57, 364 y 365 de la Decisión impugnada el mantenimiento, después de la IPO del consejo de administración europeo, integrado por representantes de los bancos europeos y su competencia para decidir sobre «cuestiones esenciales», entre las que figuran el examen de las solicitudes de adhesión, las multas, las reglas de funcionamiento intrarregionales, las evaluaciones y los gastos, en cuanto esas evaluaciones y gastos no tengan efecto de exclusión, la mejora y el desarrollo de los productos intrarregionales «en la medida en que las iniciativas en materia de desarrollo de productos no afecten a elementos sensibles desde el punto de vista de la competencia», el presupuesto de gastos anual, los fondos excedentes y las reglas relativas a la marca compartida y a las tarjetas de afinidad (considerando 52 de la Decisión impugnada).

248 Es verdad que, como recuerdan las demandantes en sus escritos procesales, el consejo de administración europeo estaba obligado a seguir las directrices del consejo de administración mundial, y podían revocarse sus poderes decisorios. No obstante, la posibilidad de que el consejo de administración mundial emitiera directrices que precisaban por ejemplo los límites de las competencias del consejo de administración europeo no contradice en nada el hecho de que éste ejerce un poder decisorio. Así sucede también respecto a la posibilidad de que el consejo de administración mundial ejerciera las prerrogativas del consejo de administración europeo o revocara sus poderes, atendiendo a las condiciones especialmente estrictas que delimitaban su aplicación, recordadas en los considerandos 55 y 56 de la Decisión impugnada.

249 Es preciso apreciar que el mantenimiento de un poder decisorio a niveles europeo y mundial de los bancos dentro de la organización de pago MasterCard inclina a relativizar en alto grado las consecuencias que deban deducirse de la IPO. En la fecha de adopción de la Decisión impugnada, la organización de pago MasterCard seguía funcionando en Europa, según parece, como una asociación de empresas, de la que los bancos no sólo eran clientes de los servicios prestados sino que participaban colectivamente y de modo descentralizado en aspectos esenciales del poder decisorio.

250 En segundo lugar, la Comisión podía concluir válidamente que las TMI reflejaban los intereses de los bancos, aun si éstos ya no controlaban MasterCard a partir de la IPO ni tampoco participaban en la fijación del importe de las TMI, ya que existía una comunidad de intereses entre la organización de pago MasterCard y los bancos en ese aspecto.

251 En primer término, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce que la existencia de una comunidad de intereses o de un interés común es un factor pertinente para apreciar la existencia de una decisión de asociación de empresas en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1 (véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 1987, Verband der Sachversicherer/Comisión, 45/85, Rec. p. 405, apartado 29).

252 En segundo lugar, la Comisión podía apreciar válidamente que los bancos, incluidos los que eran activos en el mercado de adquisición, tenían interés en la fijación de las TMI en una cuantía alta.

253 En efecto, esos bancos, como destacó fundadamente la Comisión en el considerando 383 de la Decisión impugnada, se benefician gracias a las TMI de un precio mínimo que les permite repercutirlas con facilidad en los comerciantes, por las razones expuestas en el anterior apartado 134. Así pues, las TMI sólo representan un coste para los bancos en su actividad de adquisición cuando deciden asumirlas a su cargo. No obstante, de los anteriores apartados 162 a 164 resulta que ese supuesto tiene carácter más bien excepcional.

254 Además, incluso en ese supuesto cabe considerar razonablemente que las TMI siguen siendo una fuente de ingresos para los bancos ya que éstos también ejercen una actividad de emisión. Sobre ello, es oportuno observar que ni las demandantes ni las coadyuvantes aportan datos que puedan desvirtuar el fundamento de la observación de la Comisión que figura en el considerando 385 de la Decisión impugnada, basada en el hecho de que, debido a la existencia, hasta el 31 de diciembre de 2004, de una regla del sistema MasterCard, la NAWIR (No Acquiring Without Issuing Rule), que obligaba a los bancos que deseaban adquirir operaciones a ejercer también la actividad de emisión de tarjetas, casi todos los bancos que desarrollaban la actividad de adquisición también eran emisores de tarjetas y por ello se beneficiaban de las TMI.

255 En tercer lugar, la Comisión también podía apreciar válidamente en el considerando 386 de la Decisión impugnada que la organización de pago MasterCard tenía un interés en la fijación de las TMI en una cuantía alta «ya que los derechos de adhesión que [MasterCard y sus filiales consolidadas] [hacían] pagar a los bancos a cambio de sus servicios de coordinación y de red [estaban] ligados a las operaciones» (considerando 386 de la Decisión impugnada). En efecto, el número de operaciones y por tanto los ingresos de la organización de pago MasterCard dependen en esencia de la voluntad de los bancos de ofrecer tarjetas MasterCard a sus clientes. Por consiguiente, a la organización de pago MasterCard le interesa fijar las TMI a un nivel que los bancos consideren atractivo, lo que se pone de relieve por la circunstancia señalada por la Comisión en los considerandos 461 a 498 de la Decisión impugnada de que la competencia intersistemas se desarrolla en perjuicio de los sistemas de tarjetas que ofrecen un importe más bajo de TMI.

256 En cuarto lugar, de los escritos procesales de las demandantes resulta que no niegan la realidad de la constatación expresada en el considerando 389 de la Decisión impugnada de que «la evolución observada tras la IPO muestra también que [la organización de pago MasterCard] tiene en cuenta los intereses concretos de los bancos cuando fija el importe de las [TMI]». Su argumentación consiste en cambio en afirmar que se limitan a actuar como un prestador de servicios que trata de satisfacer las necesidades de sus clientes: bancos emisores, bancos adquirentes y comerciantes.

257 No obstante, hay que considerar poco convincente poner en un mismo nivel a los bancos y a los comerciantes, ya que en el caso de éstos lo que interesa es esencialmente el umbral máximo de su tolerancia a los precios de las operaciones con tarjeta, como se ha señalado en los anteriores apartados 212 a 217.

258 La argumentación de las demandantes, fundada en que a partir de la IPO de MasterCard la organización de pago MasterCard sólo tiene en cuenta los intereses de sus accionistas, tampoco es convincente. Toda vez que la fijación de las TMI en una cuantía alta contribuye a un número mayor de operaciones y por tanto incide favorablemente en los ingresos de la organización de pago MasterCard, se puede concluir razonablemente que no hay oposición de intereses entre los accionistas de MasterCard y los bancos.

259 Atendiendo a los dos factores antes mencionados, a saber, el mantenimiento de un poder decisorio de los bancos tras la IPO dentro de la organización de pago MasterCard y la existencia de una comunidad de intereses entre ésta y los bancos en relación con las TMI, debe apreciarse que la Comisión podía estimar válidamente, en sustancia, que a pesar de los cambios aportados por la IPO de MasterCard, la organización de pago MasterCard había continuado siendo una forma institucionalizada de coordinación del comportamiento de los bancos. Por tanto, la Comisión mantuvo fundadamente la calificación de decisiones de una asociación de empresas para las decisiones tomadas por los órganos de la organización de pago MasterCard que fijaban las TMI.

260 Debe desestimarse, por tanto, el tercer motivo, sin que sea preciso examinar las críticas de las demandantes sobre los otros aspectos apreciados por la Comisión en apoyo de su conclusión, y en especial la aceptación por los bancos del nuevo modo de dirección en relación con las TMI (considerandos 394 a 396 de la Decisión impugnada).

4. Sobre el cuarto motivo, fundado en que la Decisión impugnada incurre en errores de procedimiento y de hecho

261 El presente motivo comprende dos partes, basadas en la vulneración del derecho de defensa de las demandantes y en errores de hecho que vician la Decisión impugnada.

a) Sobre la primera parte del motivo, basada en la vulneración del derecho de defensa de las demandantes

262 Las demandantes exponen cuatro alegaciones que critican, la primera, el recurso abusivo a un escrito de exposición de los hechos, la segunda, la falta de claridad de éste, la tercera, la inclusión de nuevos elementos en la Decisión impugnada, y la cuarta, la forma en que la Comisión informó a algunas autoridades nacionales de la competencia.

Sobre la primera alegación, basada en el recurso abusivo a un escrito de exposición de los hechos

263 Las demandantes reprochan a la Comisión haber recurrido a un escrito de exposición de los hechos en lugar de un segundo PCA. Ese escrito excede de una mera presentación complementaria de medios de prueba ya que contiene nuevos argumentos jurídicos y hechos sustanciales.

264 La Comisión solicita que se desestime esta alegación.

265 Según reiterada jurisprudencia, el respeto del derecho de defensa exige que durante el procedimiento administrativo la empresa afectada haya podido dar a conocer oportunamente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos y circunstancias invocados, así como sobre los documentos tenidos en cuenta por la Comisión para fundamentar su alegación de que se ha producido una infracción del Tratado (sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française y otros/Comisión, 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 10, y de 6 de abril de 1995, BPB Industries y British Gypsum/Comisión, C-310/93 P, Rec. p. I-865, apartado 21).

266 El artículo 27 apartado 1, del Reglamento nº 1/2003 refleja ese principio ya que prevé el envío a las partes de un pliego de cargos, que debe exponer con claridad todos los elementos esenciales en los que se apoya la Comisión en esta fase del procedimiento (véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de Justicia 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 67), para que los interesados puedan conocer efectivamente qué comportamientos les reprocha la Comisión y puedan defenderse de forma eficaz antes de que la Comisión adopte una decisión definitiva. Dicho requisito se cumple cuando esa decisión no imputa a los interesados infracciones diferentes a las mencionadas en el pliego de cargos y cuando sólo tiene en cuenta los hechos sobre los que los interesados han tenido posibilidad de manifestarse (véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de 19 de marzo de 2003, CMA CGM y otros/Comisión, T-213/00, Rec. p. II-913, apartado 109, y la jurisprudencia citada).

267 No obstante, esta indicación se puede hacer de manera resumida y no es necesario que la decisión final sea una copia del pliego de cargos (véase en ese sentido la sentencia Musique Diffusion française y otros/Comisión, apartado 265 *supra*, apartado 14), ya que dicho pliego constituye un documento preparatorio cuyas apreciaciones de hecho y de Derecho son de carácter meramente provisional (véase en ese sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1987, BAT y Reynolds/Comisión, 142/84 y 156/84, Rec. p. 4487, apartado 70). Así, cabe admitir que a la luz del escrito de respuesta de las partes, se añadan extremos al pliego de cargos, cuyos argumentos demuestren que pudieron efectivamente ejercer su derecho de defensa. La Comisión puede, asimismo, en vista del procedimiento administrativo, revisar o añadir argumentos de hecho o de Derecho en defensa de los cargos que imputa (véanse en ese sentido las sentencias del Tribunal Compagnie générale maritime y otros/Comisión, apartado 228 *supra*, apartado 448, y de 22 de octubre de 2002, Schneider Electric/Comisión, T-310/01, Rec. p. II-4071, apartado 438).

268 Así pues, la comunicación a los interesados de un pliego de cargos suplementario sólo es necesaria en el supuesto de que el resultado de las investigaciones condujera a la Comisión a imputar a las empresas nuevos actos o a modificar considerablemente los elementos de prueba de las infracciones negadas (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, apartado 266 *supra*, apartado 192).

269 Finalmente, también conviene recordar que, según la jurisprudencia, se produce una violación del derecho de defensa cuando, debido a una irregularidad cometida por la Comisión, el procedimiento administrativo tramitado por ésta hubiera podido resolverse de modo distinto. Una empresa recurrente prueba que se ha producido una violación de este tipo cuando demuestra de modo suficiente, no que la Decisión de la Comisión habría tenido un contenido diferente, sino que, de no haberse producido tal irregularidad, habría podido defenderse mejor, por ejemplo, porque habría podido utilizar en su defensa documentos cuyo acceso se le denegó en el procedimiento administrativo (véanse en ese sentido las sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de octubre de 2003, Thyssen Stahl/Comisión, C-194/99 P, Rec. p. I-10821, apartado 31, y la jurisprudencia citada, y de 1 de julio de 2010, Knauf Gips/Comisión, C-407/08 P, Rec. p. I-6375, apartado 28).

270 En el presente asunto hay que observar que, aunque la Comisión se fundó en los considerandos 202 a 213 del PCA en las características de la organización de pago MasterCard antes de la IPO para concluir que ésta constituía una asociación de empresas en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, se puede deducir de otros pasajes de ese pliego de cargos que la Comisión estimaba que la anunciada IPO de MasterCard no alteraría el fundamento de su conclusión sobre la existencia de una infracción del artículo 81 CE De esa forma, en su considerando 25 se pone de relieve que los documentos presentados por las demandantes no demostraban que el consejo de administración europeo perdería la facultad de fijar las TMI después de la IPO. En el considerando 28 de ese PCA la Comisión hizo una presentación de las modificaciones que introduciría la IPO, dando a entender que los bancos seguirían jugando un papel en la nueva estructura.

271 Aunque uno de los aspectos señalados por la Comisión en el PCA resultó diferente de lo finalmente decidido en el contexto de la IPO, dado que el consejo de administración europeo no conservó la facultad de fijar las TMI, no deja de ser cierto que el PCA permitió que las demandantes manifestaran su criterio sobre la imputación de la Comisión relacionada con la calificación del sistema MasterCard como asociación de empresas en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, y más especialmente sobre la falta de incidencia de la IPO en esa calificación. De ello se deduce lógicamente, que también tuvieron la oportunidad de ser oídas por la Comisión sobre esa cuestión en la audiencia que tuvo lugar después de su RPCA.

272 Esa posibilidad de que las demandantes expusieran su punto de vista en el procedimiento administrativo se acredita por el hecho de que dedicaron una parte importante de su RPCA a la incidencia de la IPO en la aplicabilidad del artículo 81 CE, apartado 1.

273 Por consiguiente, en las circunstancias del presente asunto hay que considerar que el recurso a un escrito de exposición de los hechos en lugar de un pliego de cargos no constituye una vulneración del derecho de defensa de las demandantes, ya que la Comisión sólo estaba obligada a poner de manifiesto los medios de prueba que se proponía utilizar para refutar los argumentos presentados por las demandantes en el procedimiento administrativo.

274 Por tanto, debe desestimarse esa alegación.

Sobre la segunda alegación, basada en la falta de claridad del escrito de exposición de los hechos

275 Según las demandantes, el contenido del escrito de exposición de los hechos no era lo bastante claro para permitirles comprender cómo se proponía la Comisión utilizar los documentos a los que se refería, a pesar de las solicitudes de aclaración que presentaron tanto a la Comisión como al consejero auditor, lo que reconoce la Comisión en su escrito de contestación. Las demandantes remiten a los anexos A.8.2 y A.20, que recogen su correspondencia con la Comisión sobre esa cuestión. Esa falta de claridad originó la vulneración de su derecho de defensa.

276 Acerca de la admisibilidad de esa alegación, esas partes mantienen que en la demanda se explica por qué el escrito de exposición de los hechos era inapropiado y que los anexos se limitan a aportar medios de prueba.

277 La Comisión considera inadmisible esta alegación.

278 Es preciso observar que la argumentación de las demandantes figura sólo de manera especialmente sucinta en su demanda. De esa forma, en el punto 122 de la demanda se reprocha en general a la Comisión no haber ofrecido a las demandantes «todas las aclaraciones necesarias que les habrían permitido comprender cómo se proponía la Comisión utilizar los documentos que citaba en el [escrito de exposición de los hechos]». En el punto 123, se menciona que las demandantes se encontraron ante «grandes dificultades para dar una respuesta apropiada». Finalmente, en el punto 124, se manifiesta que las demandantes «han identificado al menos veinte ejemplos en el [escrito de exposición de los hechos], en los que la Comisión no había indicado cómo utilizaría los medios de prueba que citaba». Sin embargo, en la demanda misma no se expone ningún ejemplo. Ésta tampoco incluye ninguna indicación que permita apreciar las «dificultades» a las que se refieren las demandantes.

279 Además, las remisiones al anexo A.8.2 de la demanda («Intercambio de correspondencia entre el asesor [de las demandantes] y la Comisión») y el anexo A.20 de la demanda («Correspondencias del 17 de abril […] al 12 de julio de 2007 entre el asesor [de las demandantes] y la Comisión sobre la inadecuación del escrito de hechos») no permiten subsanar las carencias de la demanda sobre esa cuestión.

280 Se ha de constatar que las demandantes se limitan a realizar una remisión global al anexo A.20. Por los motivos expuestos en los anteriores apartados 68 a 70, no cabe tener en cuenta ese anexo.

281 En cuanto al anexo A.8.2, puede considerarse que las demandantes remiten a un pasaje específico de ese anexo, constituido por un escrito de las demandantes de fecha 13 de abril de 2007, y que, por tanto, su contenido puede tenerse en cuenta. No obstante, su lectura sólo pone de manifiesto una enumeración de los pasajes del escrito de exposición de los hechos que las demandantes consideraban «no ser claros» y de los que solicitaban aclaración a la Comisión. Por consiguiente, se ha de apreciar que no es posible concluir por la lectura de esa sola enumeración y a falta de argumentación más precisa de las demandantes al respecto que la falta de claridad alegada haya podido causar una vulneración del derecho de defensa de las demandantes.

282 Por cuanto antecede, debe concluirse que la presente alegación ha de declarase inadmisible en aplicación del artículo 44, apartado 1, letra c), del Reglamento de Procedimiento ya que no comprende los elementos esenciales que permitan al Tribunal ejercer su control y a la Comisión llevar a cabo su defensa.

Sobre la tercera alegación, fundada en la inclusión de nuevos elementos en la Decisión impugnada

283 Las demandantes afirman que la Decisión impugnada contiene, en primer lugar, nuevos argumentos, en segundo lugar, una nueva motivación y, en tercer lugar, explicaciones adicionales o más precisas sobre medios de prueba, que no les ha sido posible rebatir. Remiten sobre ello al anexo A.21 («La vulneración por la Comisión del derecho de defensa [de las demandantes] — Argumentos, motivación y pruebas relacionados con la IPO»). También en este aspecto hay una vulneración de su derecho de defensa.

284 Esta alegación es admisible según ellas toda vez que el anexo A.21 se limita a identificar las diferencias entre el PCA y la Decisión impugnada.

285 La Comisión considera inadmisible esta alegación, y, en cualquier caso, infundada.

286 En primer lugar, en cuanto a las críticas contra la inclusión de nuevos argumentos en la Decisión impugnada, basta apreciar que no se refieren a los aspectos de ésta con fundamento en los cuales se ha concluido que la Comisión había podido mantener válidamente la calificación de decisión de una asociación de empresas después de la IPO.

287 De tal forma, en lo que atañe a la conclusión de que los bancos seguían ejerciendo colectivamente un poder decisorio sobre aspectos esenciales de la organización de pago MasterCard a los niveles nacional y europeo, entre los aspectos supuestamente nuevos mencionados en el anexo A.21 de la demanda no figuran la facultad de los bancos para adoptar reglas nacionales específicas aplicables a un mercado determinado y sustitutivas en parte de las reglas de la red mundial (anterior apartado 246) ni tampoco el mantenimiento de la facultad del consejo de administración europeo para decidir sobre «cuestiones esenciales» (anterior apartado 247).

288 En lo relativo a la conclusión sobre la existencia de una comunidad de intereses entre la organización de pago MasterCard y los bancos en la fijación de las TMI en un importe elevado, del anexo A.21 (anteriores apartados 253 y 254) no se deduce ninguna refutación de los argumentos que permiten concluir que los bancos tenían interés en la fijación de las TMI en un importe elevado. Tampoco resulta de ese anexo que el argumento expuesto en el considerando 386 de la Decisión impugnada, basado en que la organización de pago MasterCard también tenía interés en la fijación de las TMI en un importe elevado (anterior apartado 255), se hubiera incluido por primera vez en la Decisión impugnada. Por último, ninguna refutación contradice la constatación en el considerando 389 de la Decisión impugnada de que la organización de pago MasterCard tiene en cuenta los intereses concretos de los bancos cuando fija el importe de las TMI (anterior apartado 256).

289 En segundo término, así sucede también en el caso de las críticas contra la inclusión de una «nueva motivación» en la Decisión impugnada. La única alegación eventualmente pertinente es la que concierne a la redacción del considerando 360 de la Decisión impugnada, referido a la existencia de una cooperación horizontal entre los bancos dentro de la organización de pago MasterCard. Sin embargo, hay que observar que la diferencia resaltada por las demandantes afecta a un punto bastante menor de la motivación de la Comisión y no al sentido de la apreciación a la que llegó.

290 En tercer lugar, respecto a las críticas sobre la inclusión en la Decisión impugnada de explicaciones adicionales o más precisas de los medios de prueba, conviene señalar que sólo dos críticas que figuran en el anexo A.21 de la demanda se refieren a aspectos pertinentes del razonamiento de la Comisión y que su análisis de ellos se sustenta en otros medios de prueba no impugnados por las demandantes. Así es en el caso de la observación expuesta en el considerando 59 de la Decisión impugnada de que la dirección de la organización de pago MasterCard fomentaba la toma de decisiones horizontales entre los bancos. Otro tanto ocurre con la conclusión enunciada en el considerando 354 de la Decisión impugnada de que los bancos europeos siguieron asumiendo la responsabilidad de las actividades en Europa con la excepción de las cuestiones consideradas sensibles en virtud de las reglas antitrust.

291 Por tanto, debe desestimarse esta alegación.

Sobre la cuarta alegación, fundada en la insuficiente información de las autoridades nacionales de la competencia

292 Las demandantes observan que la Comisión reconoce que la RPCA no se comunicó de igual manera a las autoridades nacionales de la competencia, pues algunas la recibieron sólo un día laborable antes de la audiencia. Las demandantes afirman que si se les hubiera informado de esa comunicación tardía habrían pedido un aplazamiento de la audiencia. Hay en ello una infracción de los principios de buena administración y de sus expectativas legítimas así como de su derecho de defensa ya que la Decisión impugnada no pudo adoptarse con plena comprensión de su defensa.

293 La Comisión solicita que se desestime esta alegación.

294 En aplicación del artículo 14 del Reglamento nº 1/2003, la Comisión consultará con un Comité consultivo formado por representantes de las autoridades de competencia de los Estados miembros antes de adoptar una decisión como la impugnada en el presente asunto.

295 Ciertamente, como quiera que según el artículo 14, apartado 3, del Reglamento (CE) nº 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 [CE] y 82 [CE] (DO L 123, p. 18), «la Comisión invitará a las autoridades de competencia de los Estados miembros a participar en la audiencia», es deseable en consecuencia que las autoridades de la competencia o al menos las que deseen participar en la audiencia tengan conocimiento de las observaciones escritas de las partes en un plazo razonable antes de la audiencia.

296 Sin embargo, el hecho de la RPCA se enviara a algunas autoridades nacionales de la competencia un solo día laborable antes de la audiencia no constituye una infracción apta para dar lugar a la anulación de la Decisión impugnada.

297 En efecto, del artículo 14 del Reglamento nº 1/2003 resulta que la función esencial del Comité consultivo es emitir un dictamen por escrito sobre el anteproyecto de Decisión. Ahora bien, el envío tardío de la RPCA no tuvo incidencia en la validez de la consulta del Comité consultivo dado que las autoridades de la competencia estaban en condiciones de conocer la RPCA antes de su consulta dentro de ese Comité.

298 Además, como la Comisión pone de relieve fundadamente, ese envío tardío de la RPCA no les impidió manifestar su criterio durante esa audiencia.

299 Por consiguiente, debe desestimarse esta alegación, y por ello la primera parte del motivo en su totalidad.

b) Sobre la segunda parte, basada en la existencia de errores de hecho

300 Las demandantes alegan en sustancia que algunos errores de hecho de la Comisión son de tal importancia que vician la Decisión impugnada. En ese contexto aducen tres alegaciones, relativas, la primera, al carácter manifiestamente erróneo de la comparación del sistema MasterCard con los cinco sistemas nacionales elegidos por la Comisión, la segunda, en el análisis selectivo por la Comisión de las declaraciones de los comerciantes obtenidas durante el procedimiento administrativo, y la tercera, en el carácter fundamentalmente viciado del estudio de mercado de los comerciantes.

301 En los anteriores apartados 145 a 158 ya se ha respondido a las alegaciones segunda y tercera. Respecto a la primera alegación, conviene recordar que el fundamento de la conclusión sobre el carácter objetivamente no necesario de las TMI se sustenta suficientemente en medios de prueba o argumentos distintos de la comparación con esos cinco sistemas nacionales. Por tanto, esa alegación debe desestimarse en cualquier caso por ineficaz.

302 Debe desestimarse, en consecuencia, la segunda parte, y por ello el presente motivo así como la pretensión de anulación de la Decisión impugnada.

B. *Sobre la pretensión de anulación de los artículos 3 a 5 y 7 de la Decisión impugnada*

303 Subsidiariamente, las demandantes solicitan la anulación de los artículos 3 a 5 y 7 de la Decisión impugnada.

304 En el artículo 3 de la Decisión impugnada la Comisión ordenó a las demandantes que suprimieran formalmente en un plazo de seis meses las TMI, que modificaran las reglas de la red de la asociación y que anularan todas las decisiones relativas a las TMI. En el artículo 4 se ordenaba a las demandantes que comunicaran en un plazo de seis meses a los establecimientos financieros miembros del sistema MasterCard y a las cámaras de compensación y bancos de liquidación afectados por las operaciones en el EEE las modificaciones introducidas en las reglas de la red de la asociación. En el artículo 5 se ordenó a las demandantes que publicaran en Internet un resumen de la Decisión impugnada. Finalmente, el artículo 7 de la Decisión impugnada prevé que el incumplimiento de alguna de esas órdenes será sancionado con una multa coercitiva diaria del 3,5 % de su volumen de negocios mundial consolidado diario.

305 Se debe observar que, si bien el título de la pretensión de las demandantes se refiere a la anulación de los artículos 3 a 5 y 7 de la Decisión impugnada, en el motivo único aducido en apoyo de esa pretensión sólo exponen una argumentación sobre los artículos 3 y 7 de la Decisión impugnada.

306 El artículo 7, apartado 1, del Reglamento nº 1/2003 dispone:

«Cuando la Comisión […] constate la existencia de una infracción de los artículos 81 [CE] u 82 [CE], podrá ordenar mediante decisión a las empresas y asociaciones de empresas involucradas que pongan fin a la infracción constatada. A tal efecto, podrá imponerles cualquier [medida correctora] estructural o de comportamiento que sea proporcionad[a] y sea necesari[a] para producir el cese efectivo de la misma. Las [medidas correctoras] estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otras [medidas

correctoras] de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir [medidas correctoras] de comportamiento, [éstas] resulten más [gravosas] para la empresa en cuestión que [la medida correctora] estructural […]»

307 Según el artículo 24, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 1/2003, «la Comisión podrá, mediante decisión, imponer a las empresas y asociaciones de empresas multas coercitivas de hasta un 5 % del volumen de negocios medio diario realizado durante el ejercicio social anterior por cada día de retraso contado a partir de la fecha que fije en su decisión, con el fin de obligarlas […] a poner fin a una infracción de las disposiciones del artículo 81 [CE] o del artículo 82 [CE] de acuerdo con una decisión adoptada en aplicación del artículo 7 del presente Reglamento».

308 En la primera parte de su motivo las demandantes afirman que la Decisión impugnada incurre en falta de motivación sobre la medida correctora impuesta por la Comisión en el artículo 3 de dicha Decisión impugnada y sobre la multa coercitiva prevista en el artículo 7 de ésta.

309 Conviene recordar que la motivación exigida por el artículo 253 CE debe adaptarse a la naturaleza del acto de que se trate y debe mostrar de manera clara e inequívoca el razonamiento de la institución de la que emane el acto, de manera que los interesados puedan conocer las razones de la medida adoptada y el órgano jurisdiccional competente pueda ejercer su control. La exigencia de motivación debe apreciarse en función de las circunstancias de cada caso, en particular del contenido del acto, la naturaleza de los motivos invocados y el interés que los destinatarios u otras personas afectadas directa e individualmente por dicho acto puedan tener en recibir explicaciones. No se exige que la motivación especifique todos los elementos de hecho y de Derecho pertinentes, en la medida en que la cuestión de si la motivación de un acto cumple las exigencias del artículo 253 CE debe apreciarse en relación no sólo con su tenor literal, sino también con su contexto, así como con el conjunto de normas jurídicas que regulan la materia de que se trate (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 1998, Comisión/Sytraval y Brink's France, C-367/95 P, Rec. p. I-1719, apartado 63, y la jurisprudencia citada).

310 Acerca de la alegación fundada en la falta de motivación de la orden que figura en el artículo 3 de la Decisión impugnada, es preciso observar que la base jurídica de la obligación impuesta a las demandantes de suprimir formalmente en un plazo de seis meses las TMI de que se trata, de modificar las reglas de la red de la asociación y de anular todas las decisiones relativas a las TMI se precisa en el considerando 756 de la Decisión impugnada. Su justificación deriva de los considerandos 759 y 761 de ésta, en los que se califica como una consecuencia de la orden dirigida a las demandantes de dejar de determinar de hecho un precio mínimo de los MSC.

311 Debe estimarse que esa motivación, aun siendo sumaria, permitió a las demandantes conocer las justificaciones de la orden de la Comisión y al Tribunal ejercer su control de legalidad.

312 Es verdad que la Decisión impugnada no incluye una explicación de la proporcionalidad de la obligación impuesta en el artículo 3 de la propia Decisión, a diferencia de la proporcionalidad de las obligaciones previstas en los artículos 4 y 5 y de la multa coercitiva fijada en el artículo 7 de la Decisión impugnada.

313 No obstante, dado que la obligación de modificar las reglas de la red de la asociación y de anular todas las decisiones relativas a las TMI se califica como una consecuencia directa de la constatación de la ilegalidad de las TMI, la Comisión no estaba obligada a exponer una motivación explícita sobre ese aspecto.

314 No desvirtúa esa conclusión la argumentación de las demandantes basada en que la Comisión había reconocido en el pasado que las TMI podían ser compatibles con el artículo 81 CE o había reconocido el principio de que las TMI podían cumplir la primera condición del artículo 81 CE, apartado 3. Dado que esa argumentación carece de pertinencia para la determinación de la medida

correctora, la Comisión no estaba obligada a exponer una motivación sobre ello. Además, como se ha recordado en el anterior apartado 192, las TMI de Visa fueron objeto de una exención en virtud de una propuesta modificada de TMI que limitaba su importe a los costes soportados por los bancos emisores para ofrecer ciertas ventajas específicas a los comerciantes, lo que las diferencia de las TMI objeto del presente asunto.

315 Debe desestimarse por tanto la alegación fundada en la falta de motivación del artículo 3 de la Decisión impugnada.

316 Acerca de la motivación de la multa coercitiva fijada en el artículo 7 de la Decisión impugnada, es oportuno señalar que su base jurídica se expresa en el considerando 773 de la Decisión impugnada. Su justificación se manifiesta en el considerando 774 de ésta, en el que la Comisión expone que la existencia de «un riesgo serio de que [la organización de pago] MasterCard siga aplicando las [TMI] o intente actuaciones que eludan efectivamente la medida correctora es un motivo suficiente para considerar necesario imponer multas coercitivas a las [demandantes] a fin de garantizar el cumplimiento de la medida correctora».

317 Finalmente, la determinación del importe de la multa coercitiva se explica en los considerandos 775 y 776 de la Decisión impugnada. La Comisión se refirió a la necesidad de «fijar el importe de las multas coercitivas en una cuantía tal que para la empresa afectada sea más razonable económicamente ajustarse a la decisión […] que obtener los beneficios de incumplir sus obligaciones». También mencionó la importante dimensión de la organización de pago MasterCard y la tentativa en el pasado de obstaculizar la aplicación del Derecho de la competencia a través de la IPO de MasterCard. Con ese fundamento decidió fijar el importe de la multa coercitiva en el 70 % del importe máximo del 5 % del volumen de negocios diario medio realizado por MasterCard en el ejercicio social precedente.

318 Toda vez que esa motivación ha permitido que las demandantes conozcan las justificaciones de la multa coercitiva fijada en el artículo 7 de la Decisión impugnada y que el Tribunal ejerza su control sobre su legalidad, debe desestimarse la alegación basada en la falta de motivación del artículo 7 de la Decisión impugnada.

319 No desvirtúa esa conclusión la argumentación de una coadyuvante fundada en que el artículo 7 debe anularse por falta de motivación ya que la Comisión no explicó por qué consideraba a MasterCard como una empresa autónoma al imponer una multa coercitiva basada en su volumen de negocios, siendo así que pretendía sancionar una decisión de una asociación de empresas.

320 Es oportuno señalar que el artículo 24, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 1/2003 se refiere específicamente a la posibilidad de imponer multas coercitivas a las asociaciones de empresas.

321 Dado que MasterCard International y MasterCard Europe constituyen filiales plenamente consolidadas de MasterCard, hay que considerar que, al tener en cuenta el volumen de negocios de esta última, la Comisión no ha hecho otra cosa que aplicar el artículo 24, apartado 1, letra a), del Reglamento nº 1/2003 a las circunstancias del presente caso. Por consiguiente, no estaba obligada a exponer una explicación específica sobre ese aspecto.

322 En la segunda parte de su motivo las demandantes impugnan la proporcionalidad de la medida correctora prevista en el artículo 3 de la Decisión impugnada.

323 Se ha de recordar que el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los actos de las instituciones públicas no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas

con respecto a los objetivos perseguidos (sentencias del Tribunal de Justicia de 5 de mayo de 1998, Reino Unido/Comisión, C-180/96, Rec. p. I-2265, apartado 96, y de 12 de julio de 2001, Jippes y otros, C-189/01, Rec. p. I-5689, apartado 81).

324 Más en especial, respecto a la proporcionalidad de la medida correctora impugnada, es oportuno recordar que el artículo 7 del Reglamento nº 1/2003 indica expresamente la amplitud del alcance de la aplicación del principio de proporcionalidad en las situaciones comprendidas en su ámbito de aplicación. En efecto, en virtud esa disposición la Comisión puede imponer a las empresas afectadas cualquier medida correctora estructural o de comportamiento que sea proporcionada a la infracción cometida y necesaria para producir el cese efectivo de la misma (sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 2010, Comisión/Alrosa, C-441/07 P, Rec. p. I-5949, apartado 39).

325 En el presente asunto la obligación de suprimir formalmente las TMI, de modificar las reglas de la red de la asociación y de anular todas las decisiones relativas a las TMI, enunciada en el artículo 3 de la Decisión impugnada, es la consecuencia directa de la constatación de la ilegalidad de esas TMI. Así pues, no tiene carácter desproporcionado ya que se limita a hacer cesar la infracción en cuestión.

326 No desvirtúa esa conclusión la argumentación de las demandantes basada en que, toda vez que la Comisión reconoce que las TMI pueden eventualmente cumplir las exigencias del artículo 81 CE, apartado 3, una medida correctora que impone suprimir las TMI o fijarlas en cuantía cero es desproporcionada, ya que habría debido antes bien determinar la metodología de cálculo de las TMI para que sean compatibles con el artículo 81 CE.

327 Debe observarse que esa argumentación nace de un razonamiento erróneo. En efecto, para demostrar la observancia de las condiciones del artículo 81 CE, apartado 3, incumbía a las demandantes proponer un método de fijación de las TMI que pudiera hacerlas compatibles en su caso con esa disposición. A falta de tal demostración, corresponde a la Comisión hacer cesar la infracción del artículo 81 CE que ha constatado válidamente.

328 Las demandantes alegan, además, que el plazo de seis meses también es desproporcionado. Se refieren a la circunstancia de que en la Decisión Visa II, Visa «obtuvo unos cinco años para introducir un cambio mucho menos radical y [que] no se le impuso ninguna medida de ejecución».

329 Como se ha expuesto en los anteriores apartados 192 y 314, la Decisión Visa II se adoptó en un contexto que no es comparable al de la Decisión impugnada. En cualquier supuesto, el plazo concedido al autor de una infracción para poner fin a ella no puede compararse eficazmente con el período durante el que se ha concedido una exención.

330 Las demandantes no exponen ningún factor acerca del plazo de seis meses que permita considerar que les era especialmente difícil cumplir la medida correctora dentro de ese plazo. Por otro lado, hay que observar que el artículo 6 de la Decisión impugnada preveía la posibilidad de que solicitaran a la Comisión una prórroga de ese plazo.

331 En consecuencia, debe desestimarse la segunda parte y, por tanto, el motivo en su totalidad.

332 Por cuanto se ha expuesto, deben desestimarse todas las pretensiones formuladas en el presente recurso.

Costas

333 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte.

334 Por haber sido desestimados los motivos de las demandantes, procede condenarlas en costas, de conformidad con lo solicitado por la Comisión. Dado que BRC y EuroCommerce no han formulado pretensiones en ese sentido, cargarán con sus propias costas.

335 Toda vez que la Comisión no ha solicitado la condena de Banco Santander, HSBC, Bank of Scotland, RBS, Lloyds TSB y MBNA al pago de las costas derivadas de su intervención, estas coadyuvantes sólo cargarán con sus propias costas.

336 A tenor del artículo 87, apartado 4, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento, los Estados miembros que intervengan como coadyuvantes en el litigio soportarán sus propias costas. El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte cargará por tanto con sus propias costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL GENERAL (Sala Séptima)

decide:

1) Desestimar el recurso.

2) MasterCard, Inc., MasterCard International, Inc., et MasterCard Europe cargarán con sus propias costas y con las de la Comisión Europea.

3) El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte cargará con sus propias costas.

4) British Retail Consortium y EuroCommerce AISBL cargarán con sus propias costas.

5) Banco Santander, S.A., Royal Bank of Scotland plc, HSBC Bank plc, Bank of Scotland plc, Lloyds TSB Bank plc y MBNA Europe Bank Ltd cargarán con sus propias costas.

Dittrich Wiszniewska-Białecka Prek

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 24 de mayo de 2012.

Firmas

Índice

Hechos que dan origen al litigio 3

I. Parte demandante 3

II. Procedimiento administrativo que condujo a la Decisión impugnada 3

Decisión impugnada 4

I. Sistema cuatripartito de tarjetas bancarias y de tasas de intercambio 4

II. Definición del mercado pertinente 5

III. Aplicación del artículo 81 CE, apartado 1 5

A. Decisión de una asociación de empresas 5

B. Restricción de la competencia 6

C. Apreciación de la naturaleza objetivamente necesaria en su caso de las TMI para el funcionamiento del sistema MasterCard 6

IV. Aplicación del artículo 81 CE, apartado 3 7

V. Parte dispositiva 8

Procedimiento 8

Pretensiones de las partes 9

Fundamentos de Derecho 10

I. Sobre la solicitud de diligencias de ordenación del procedimiento presentada por las demandantes 10

II. Sobre la admisibilidad del contenido de algunos anexos de los escritos de las partes 11

III. Sobre el fondo 11

A. Sobre la demanda de anulación de la Decisión impugnada 12

1. Sobre el primer motivo, basado en la vulneración del artículo 81 CE, apartado 1, ya que la Comisión concluyó erróneamente que la fijación de las TMI constituía una restricción de la competencia 12

a) Sobre la parte del motivo basada la apreciación errónea de la naturaleza objetivamente necesaria de las TMI 12

Sobre la alegación basada en la aplicación de criterios jurídicos erróneos 13

Sobre la alegación fundada en el examen erróneo de la naturaleza objetivamente necesaria de las TMI 14

– Sobre la naturaleza objetivamente necesaria de las TMI como modalidad de pago por defecto de las operaciones 14

– Sobre la naturaleza objetivamente necesaria de las TMI como mecanismo de transferencia de fondos a favor de los bancos emisores 15

b) Sobre la parte del motivo fundada en errores de apreciación en el análisis de los efectos de las TMI en la competencia 18

Sobre las alegaciones referidas al examen del juego de la competencia a falta de las TMI 19

Sobre las alegaciones basadas en el examen del mercado de productos 24

Sobre la alegación referida al examen de los medios de prueba económicos presentados en el procedimiento administrativo 26

Sobre la alegación referida a la motivación de la Decisión impugnada 27

2. Sobre el segundo motivo, basado en la infracción del artículo 81 CE, apartado 3 28

3. Sobre el tercer motivo, basado en la infracción del artículo 81 CE, apartado 1, por la errónea calificación de la organización de pago MasterCard como asociación de empresas 34

4. Sobre el cuarto motivo, fundado en que la Decisión impugnada incurre en errores de procedimiento y de hecho 37

a) Sobre la primera parte del motivo, basada en la vulneración del derecho de defensa de las demandantes 37

Sobre la primera alegación, basada en el recurso abusivo a un escrito de exposición de los hechos 37

Sobre la segunda alegación, basada en la falta de claridad del escrito de exposición de los hechos 39

Sobre la tercera alegación, fundada en la inclusión de nuevos elementos en la Decisión impugnada 40

Sobre la cuarta alegación, fundada en la insuficiente información de las autoridades nacionales de la competencia 41

b) Sobre la segunda parte, basada en la existencia de errores de hecho 42

B. Sobre la pretensión de anulación de los artículos 3 a 5 y 7 de la Decisión impugnada 42

Costas 45