



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MELCHIOR WATHELET
presentadas el 25 de junio de 2015¹

Asunto C-373/14 P

**Toshiba Corp.
contra**

Comisión Europea

«Recurso de casación — Prácticas colusorias — Mercado de los transformadores de potencia — Acuerdo verbal para repartirse los mercados (“Gentlemen’s Agreement”) — Concepto de restricción de la competencia por el objeto — Criterio de distanciamiento público — Punto 18 de las Directrices de 2006»

1. Mediante el presente recurso de casación, Toshiba Corporation solicita la anulación de la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea Toshiba/Comisión (T-519/09, EU:T:2014:263; en lo sucesivo, «sentencia recurrida»), por la que éste desestimó su recurso de anulación contra la Decisión C(2009) 7601 final de la Comisión, de 7 de octubre de 2009, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 CE (COMP/39.129 — Transformadores de potencia; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»).
2. Con este recurso, el Tribunal de Justicia debe abordar, una vez más, el concepto de restricción de la competencia «por el objeto», en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, (actualmente, artículo 101 TFUE, apartado 1), y, más precisamente, señalar los elementos que han de analizarse para determinar en qué condiciones una práctica puede constituir tal restricción.
3. El concepto de «distanciamiento público» y el punto 18 de las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n° 1/2003² (en lo sucesivo, «Directrices de 2006») también se encuentran en el núcleo del presente procedimiento.

1 — Lengua original: francés.

2 — DO 2006, C 210, p. 2.

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

4. Según el artículo 101 TFUE, apartado 1:

«Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior y, en particular, los que consistan en:

- a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción,
- b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones,
- c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento,
- d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva,
- e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.»

2. Directrices de 2006

5. Según el punto 13 de las Directrices de 2006:

«Con el fin de determinar el importe de base de la multa, la Comisión utilizará el valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente dentro del territorio del Espacio Económico Europeo (“EEE”). La Comisión utilizará normalmente las ventas de la empresa durante el último ejercicio social completo de su participación en la infracción [...]»

6. No obstante, el punto 18 de las Directrices de 2006 prevé una excepción a esta norma, al establecer lo siguiente:

«Cuando la dimensión geográfica de una infracción sobrepasa el territorio del [EEE] (por ejemplo en el caso de cárteles mundiales), las ventas de la empresa dentro del EEE pueden no reflejar debidamente el peso de cada empresa en la infracción. Es lo que puede ocurrir en el caso de acuerdos mundiales de reparto de mercados.

En tales circunstancias, para reflejar al mismo tiempo el volumen agregado de las ventas correspondientes en el EEE y el peso relativo de cada empresa en la infracción, la Comisión podrá calcular el valor total de las ventas de bienes o servicios en relación con la infracción en el sector geográfico (más extenso que el EEE) en cuestión, determinar la parte de las ventas de cada empresa que participa en la infracción en este mercado y aplicar esta parte a las ventas agregadas de dichas empresas dentro del EEE. El resultado se utilizará como valor de las ventas a efectos de la determinación del importe de base de la multa.»

7. Finalmente, el punto 37 de las Directrices de 2006 aclara que, «aunque las presentes Directrices exponen la metodología general para la fijación de las multas, las características específicas de un determinado asunto o la necesidad de alcanzar un nivel disuasorio en un caso particular podrán justificar que la Comisión se aparte de esta metodología o de los límites fijados en el punto 21.»

II. Antecedentes del litigio

8. El presente asunto se refiere al sector de los transformadores de potencia, los autotransformadores y los reactores en derivación con una gama de tensión superior o igual a 380 Kw. Un transformador de potencia es un componente eléctrico principal cuya función consiste en reducir o incrementar la tensión de un circuito eléctrico.

9. Toshiba Corporation (en lo sucesivo, «Toshiba») es una sociedad japonesa que opera principalmente en tres ámbitos de actividad: productos digitales, aparatos y componentes electrónicos, y sistemas de infraestructura.

10. En cuanto a las actividades de dicha sociedad en el sector de que se trata, deben diferenciarse dos etapas en el período tenido en cuenta por la Comisión en su investigación (del 9 de junio de 1999 al 15 de mayo de 2003; en lo sucesivo, «período de referencia»). Entre el 9 de junio de 1999 y el 30 de septiembre de 2002, Toshiba operaba a través de su filial Power System Co. A partir del 1 de octubre de 2002, la recurrente ejerció su actividad a través de TM T&D, empresa común a Toshiba y Mitsubishi Electric en la que estas dos empresas habían reunido su producción de transformadores de potencia.

11. El 30 de septiembre de 2008, la Comisión decidió incoar el procedimiento relativo al mercado de los transformadores de potencia. El pliego de cargos se aprobó el 20 de noviembre de 2008. Toshiba contestó al mismo el 19 de enero de 2009. La audiencia se celebró el 17 de febrero de 2009.

12. En la Decisión controvertida, la Comisión declaró que Toshiba había participado, a lo largo de todo el período de referencia, en un acuerdo ilícito que abarca el conjunto del territorio del EEE y Japón. El cártel consistía en un acuerdo celebrado verbalmente entre los fabricantes europeos y los fabricantes japoneses de transformadores de potencia, cuyo objeto era respetar los mercados domésticos de cada uno de estos dos grupos de productores de transformadores, absteniéndose de efectuar ventas en los mismos (en lo sucesivo, «Gentlemen's Agreement»).

13. La Comisión calificó este Gentlemen's Agreement como restricción de la competencia por su objeto.

14. En los apartados 165 a 169 de la Decisión controvertida, examinó la alegación de algunas de las empresas afectadas por el procedimiento de que se trata según la cual dicho cártel no tenía repercusiones en la competencia, dado que los fabricantes japoneses y europeos no eran competidores debido a barreras infranqueables de entrada en el mercado del EEE. A este respecto, señaló, en lo esencial, que, recientemente, el fabricante coreano Hyundai había penetrado en el mercado europeo de los transformadores de potencia y que las empresas japonesas habían registrado considerables ventas en los Estados Unidos. Pues bien, las citadas empresas no habían conseguido demostrar que las barreras de entrada en el mercado americano fueran muy diferentes a las de entrada en el mercado europeo.

15. En cuanto a la organización del Gentlemen's Agreement, la Comisión señalaba que cada grupo de fabricantes debía nombrar a una empresa que llevara la secretaría. También mencionaba que el acuerdo para repartirse el mercado se completó con un segundo acuerdo que contemplaba que se comunicaran las licitaciones procedentes del territorio de uno de los grupos a la secretaría del otro grupo para su asignación.

16. Por otra parte, la Comisión señaló que, durante el período de referencia, las empresas se reunieron una o dos veces al año y que las reuniones se celebraron en Málaga, del 9 al 11 de junio de 1999, en Singapur el 29 de mayo de 2000, en Barcelona, del 29 de octubre al 1 de noviembre de 2000, en Lisboa, los días 29 y 30 de mayo de 2001, en Tokyo, los días 18 y 19 de febrero de 2002, en Viena, los días 26 y 27 de septiembre de 2002 (en lo sucesivo, «reunión de Viena») y en Zúrich, los días 15 y 16 de mayo de 2003 (en lo sucesivo, «reunión de Zúrich»). Según la Comisión, estas reuniones servían, entre otras cosas, para confirmar el Gentlemen's Agreement.

17. A la vista de todas esas consideraciones, la Comisión declaró que Toshiba había infringido el artículo 81 CE y el artículo 53 del Acuerdo EEE. En consecuencia, le impuso una multa de 13,2 millones de euros. TM T&D y Mitsubishi Electric no fueron objeto de la Decisión controvertida.

III. Procedimiento ante el Tribunal General y sentencia recurrida

18. Mediante demanda presentada en la Secretaría del Tribunal General el 23 de diciembre de 2009, Toshiba interpuso un recurso de anulación contra la Decisión controvertida, invocando cuatro motivos. El presente recurso de casación sólo se refiere a las consideraciones del Tribunal General que dan respuesta a tres de los motivos alegados ante él.

19. En cuanto al examen del segundo motivo, que se refería, especialmente, a la existencia de una restricción de la competencia, el Tribunal General consideró, en primer lugar, que era conforme a Derecho la conclusión a la que había llegado la Comisión en cuanto a calificar el Gentlemen's Agreement como práctica dirigida a restringir la competencia y que, en consecuencia, no era necesario demostrar sus efectos contrarios a la competencia.

20. En segundo lugar, analizó la alegación de Toshiba según la cual, a pesar de su naturaleza, el Gentlemen's Agreement no era susceptible de restringir la competencia al no ser los fabricantes japoneses competidores de las empresas europeas en el mercado del EEE. Sobre este particular, el Tribunal General señaló que la cuestión de si un cártel tenía por objeto impedir, restringir o falsear la competencia, debía examinarse no sólo a la luz del contenido del acuerdo, sino también del contexto económico en el que aquél se inscribía, y que, habida cuenta de que el artículo 101 TFUE protege no sólo la competencia efectiva, sino también la competencia potencial, un acuerdo como el Gentlemen's Agreement era susceptible de restringir la competencia, real o potencial, a menos que existieran barreras infranqueables a la entrada en el mercado europeo que excluyeran cualquier competencia por parte de los fabricantes japoneses.

21. Para determinar si las barreras de entrada eran infranqueables en el presente asunto, el Tribunal General señaló, antes que nada, que la misma existencia del Gentlemen's Agreement podía considerarse un indicio importante de la existencia de una relación de competencia entre los fabricantes japoneses y los europeos.

22. Luego, el Tribunal General consideró, refiriéndose a los apartados 91 a 98 de la Decisión controvertida, que el fabricante japonés Hitachi había aceptado proyectos procedentes de clientes europeos. Señaló, por otra parte, que, en un escrito de 30 de marzo de 2009, enviado por Hitachi a la Comisión durante el procedimiento administrativo (en lo sucesivo, «escrito de Hitachi»), dicha sociedad se desdijo de sus afirmaciones, declarando que aceptaba las conclusiones de la Comisión acerca de la existencia y del contenido del Gentlemen's Agreement, tal y como se recogían en el pliego de cargos.

23. En cuanto al tercer motivo, que trataba, entre otras cuestiones, del supuesto distanciamiento de Toshiba del cártel, el Tribunal General empezó recordando que, cuando una empresa participa, aunque no sea activamente, en reuniones cuyo objeto es contrario a la competencia y no se distancia públicamente del contenido de éstas, dando a entender a las demás empresas que forma parte del cártel que resulta de dichas reuniones, puede considerarse que ha participado en el cártel de que se trate.

24. Luego, al mismo tiempo que reconocía que la documentación disponible podía suscitar dudas sobre la participación de Toshiba en el Gentlemen's Agreement después de la reunión de Viena, el Tribunal General consideró que la misma documentación no podía demostrar que Toshiba se hubiera distanciado del Gentlemen's Agreement durante dicha reunión.

25. En efecto, dado que de dichos documentos se desprendía que las empresas participantes en la reunión de Viena habían confirmado el acuerdo ilícito y las normas de notificación de los proyectos que en el mismo se contemplaban, de todo ello se desprendía, según el Tribunal General, que las partes en el Gentlemen's Agreement, incluida Toshiba, habían querido prorrogar dicho acuerdo, en todo caso, hasta la siguiente reunión.

26. Por lo que respecta a las alegaciones relativas a la participación de Toshiba en el cártel hasta la reunión de Zúrich y a la supuesta falta de objeto contrario a la competencia de dicha reunión, el Tribunal General consideró que no eran operativas, al no ser susceptibles de invalidar la conclusión de la Comisión según la cual Toshiba había participado en el Gentlemen's Agreement hasta el 15 de mayo de 2003.

27. Por otra parte, declaró que Toshiba no podía pretender que hubiera puesto fin a su participación en el cártel en el momento de la creación de TM T&D. En efecto, la recurrente no se había distanciado públicamente del cártel y no había informado a las demás partes de que dicha empresa común ya no participaría más en el mismo.

28. Por lo que se refiere al cuarto motivo, relativo al cálculo de la multa, el Tribunal General consideró que la Comisión había aplicado correctamente la metodología establecida en el punto 18 de las Directrices de 2006 y que, en consecuencia, no podía admitirse que, a efectos del cálculo de la multa, sólo debieran tenerse en cuenta las ventas en Japón y en el EEE. A este respecto, el Tribunal General declaró, en sustancia, que la referencia realizada por la Comisión a las cuotas en el mercado mundial permitía tener en cuenta el hecho de que el potencial competitivo mundial de las empresas de que se trataba no se había utilizado para conquistar el mercado del EEE.

29. Además, según el Tribunal General, la Comisión se basó con razón en la presunción de que, de no existir el Gentlemen's Agreement, las cuotas de mercado de los fabricantes japoneses en el EEE hubieran sido equivalentes a las que tenían en el mercado mundial.

30. Más concretamente, en cuanto al carácter proporcionado de la multa, el Tribunal General consideró que no habría sido adecuado tener en cuenta las ventas efectivas de los fabricantes japoneses en el EEE, dado que, en este asunto, hubiese sido lo mismo que recompensar a Toshiba por haber cumplido los términos del Gentlemen's Agreement. Además, el Tribunal General declaró que una metodología que tenga en cuenta las cuotas en el mercado mundial, por lo que se refiere a un acuerdo de reparto del mercado entre empresas competidoras a escala mundial, garantiza una representación más adecuada de la capacidad de dichas empresas para perjudicar gravemente a los demás operadores en el mercado europeo y es indicativa de su contribución a la eficacia del cártel en su conjunto o, a la inversa, de la inestabilidad que habría reinado dentro del cártel si no hubieran participado en el mismo. Por último, el Tribunal General consideró que dicho enfoque permitía tener en cuenta las posibles barreras de entrada que pueden existir en los diferentes segmentos del mercado mundial.

IV. Pretensiones de las partes y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

31. Toshiba solicita al Tribunal de Justicia que:

- Anule la sentencia recurrida, en la medida en que desestimó la solicitud de Toshiba de que se anulen los artículos 1 y 2 de la Decisión controvertida, y anule dicha Decisión.
- Con carácter subsidiario, devuelva el asunto ante el Tribunal General para que éste resuelva sobre las cuestiones de Derecho, con arreglo a la sentencia del Tribunal de Justicia.
- Condene a la Comisión al pago de las costas causadas en primera instancia y a las del recurso de casación.

32. En apoyo de su recurso de casación, Toshiba alega cuatro motivos.

33. Con su primer motivo, Toshiba alega que el Tribunal General aplicó un criterio jurídico erróneo al considerar que los fabricantes japoneses de transformadores de potencia eran competidores potenciales en el mercado del EEE basándose en que las barreras de entrada en el mercado del EEE no eran infranqueables y en la existencia del Gentlemen's Agreement. Según Toshiba, el Tribunal General debió haber comprobado si los productores japoneses tenían posibilidades reales y concretas de entrar en el mercado del EEE y si tal entrada podría haber sido una estrategia económicamente viable. De no existir una competencia potencial entre los productores japoneses y europeos, el Gentlemen's Agreement no podría infringir el artículo 81 CE y la Comisión carecía de competencia para intervenir. Considera que, en consecuencia, la sentencia recurrida y la Decisión impugnada deben anularse en lo que se refiere a Toshiba.

34. Con su segundo motivo, Toshiba alega que el Tribunal General falseó el contenido de un escrito en el que otra parte personada en el procedimiento (a saber, Hitachi) afirmó, supuestamente, que no cuestionaría las conclusiones de la Comisión. La Comisión consideró que dicho escrito prevalecía sobre las afirmaciones anteriores de esa empresa, según las cuales no había realizado venta alguna en el mercado del EEE. Según Toshiba, se trata de una desnaturalización de la prueba en que se basa el Tribunal General para concluir que las barreras de entrada en el mercado del EEE no eran infranqueables.

35. En su tercer motivo, Toshiba alega que el Tribunal General, al considerar que la alegación de Toshiba relativa a su no participación en la reunión de Zúrich era «inoperante», dio una motivación contradictoria y aplicó un criterio jurídico erróneo con respecto al distanciamiento público, vulnerando de ese modo el principio de responsabilidad personal. Considera, por lo tanto, que la sentencia recurrida y la Decisión impugnada deben anularse, en la medida en que llegan a la conclusión de que Toshiba siguió participando en el Gentlemen's Agreement hasta mayo de 2003.

36. Por último, en su cuarto motivo, Toshiba afirma que el Tribunal interpretó incorrectamente el punto 18 de las Directrices de 2006 para el cálculo de las multas al tomar las cuotas en el mercado global como referencia representativa de su peso en la infracción.

37. Por su parte, la Comisión solicita al Tribunal de Justicia que desestime el recurso de casación y condene a Toshiba al pago de las costas de la instancia.

V. Apreciación

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

38. Con su primer motivo, Toshiba sostiene que el Tribunal General cometió un error de Derecho al calificar el Gentlemen's Agreement de restricción de la competencia por su objeto. Según Toshiba, para llegar a esta conclusión, el Tribunal General debería haber comprobado si la eventual entrada en el mercado del EEE representaba, para los fabricantes japoneses, una estrategia económicamente viable. Pues bien, Toshiba considera que el Tribunal General se contentó con declarar que las partes podían considerarse como potenciales competidores, por una parte, debido a que no existían barreras infranqueables a la entrada en el mercado del EEE y, por otra, debido a la propia existencia del Gentlemen's Agreement.

39. Este motivo plantea, en sustancia, y una vez más, la cuestión de la definición de la restricción de la competencia por el objeto y de sus consecuencias procesales en términos de prueba.

1. Observaciones generales y preliminares acerca de la definición de la restricción de la competencia por su objeto

40. Para estar incluidos en la prohibición enunciada en el artículo 101 TFUE, apartado 1, el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica deben tener «por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior».

41. La distinción entre las restricciones a la competencia por su objeto o por su efecto es, por lo tanto, inherente al Tratado. Sin ser nueva, es obligado señalar que tal diferencia ha sido el centro de varios asuntos, suscitando una atención crítica por parte de la doctrina durante estos últimos años.³

42. Es, sin duda, deseable aclarar la jurisprudencia en relación con este asunto.

a) Enseñanzas jurisprudenciales en relación con la distinción entre restricción de la competencia por su objeto y restricción de la competencia por su efecto

43. Desde mediados de los años sesenta, con la sentencia LTM (56/65, EU:C:1966:38), el Tribunal de Justicia ha afirmado el carácter alternativo del requisito relativo a la existencia de un acuerdo o de una práctica concertada que tenga «por objeto o efecto» restringir la competencia, a que se refiere el artículo 101 TFUE, apartado 1, sin que haya dejado de confirmarlo desde entonces.⁴

44. De entrada, el Tribunal de Justicia precisó que el carácter no acumulativo, sino alternativo de dicho requisito, como indica la conjunción «o», llevaba en primer lugar a la necesidad de considerar el objeto mismo del acuerdo, habida cuenta del contexto económico en el que se debía aplicar.⁵

3 — Sentencias Beef Industry Development Society y Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643); T-Mobile Netherlands y otros (C-8/08, EU:C:2009:343); GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610); Football Association Premier League y otros (C-403/08 y C-429/08, EU:C:2011:631); Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:649); Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160); Siemens y otros/Comisión (C-239/11 P, C-489/11 P y C-498/11 P, EU:C:2013:866), así como CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:2204).

4 — Sentencias Beef Industry Development Society y Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), apartado 15; T-Mobile Netherlands y otros (C-8/08, EU:C:2009:343), apartado 28, así como GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610), apartado 55.

5 — Sentencia LTM (56/65, EU:C:1966:38); sentencia C-209/07, Beef Industry Development Society y Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), apartado 15; sentencias T-Mobile Netherlands y otros (C-8/08, EU:C:2009:343), apartado 28; GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610), apartado 55, así como Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 33.

45. En efecto, sólo en la hipótesis, de carácter subsidiario, en que el análisis de las cláusulas del acuerdo de que se trate no revele un grado suficiente de nocividad respecto a la competencia será necesario examinar los efectos del acuerdo. En este caso, para que se proceda a su prohibición, se exigirá que se reúnan los elementos que prueben que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible.⁶

46. La toma en consideración de los efectos concretos del acuerdo es, por lo tanto, superflua cuando resulta que éste tiene por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior de mercado interior.⁷ En otros términos, no es necesario examinar los efectos de un acuerdo cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia.⁸

47. Para apreciar tal carácter, procede examinar particularmente el contenido de sus disposiciones, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe.⁹ Además, si bien la intención de las partes no constituye un elemento necesario para determinar el carácter restrictivo de una práctica concertada o de un acuerdo, nada impide a la Comisión o a los órganos jurisdiccionales de la Unión tenerla en cuenta.¹⁰

48. Por otra parte, basta con que el acuerdo sea *susceptible* de producir efectos negativos en la competencia, es decir, que sea apto, concretamente, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común.¹¹ Como subrayó el Abogado General Wahl en las conclusiones que presentó en el asunto CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), si bien «la apreciación más estandarizada a la que puede conducir la aplicación del concepto de restricción por el objeto requerirá un examen detallado e individualizado del acuerdo objeto de litigio, [éste] ha de diferenciarse claramente del examen de los efectos reales o potenciales de los comportamientos de las empresas denunciadas».¹²

49. En efecto, esta distinción entre las «restricciones por objeto» y las «restricciones por efecto» se basa en el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia.¹³

50. Por lo tanto, «se ha determinado que algunos comportamientos colusorios, como los que llevan a la fijación horizontal de los precios por los cárteles, pueden considerarse hasta tal punto aptos para generar efectos negativos, en especial en los precios, la cantidad o la calidad de los productos o los servicios, que cabe estimar innecesaria la demostración de que tienen efectos concretos en el mercado a efectos de aplicar el artículo [101 TFUE, apartado 1]».¹⁴ En cambio, «en el supuesto de que el análisis

6 — Sentencia LTM (56/65, EU:C:1966:38); sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), apartado 15; sentencia T-Mobile Netherlands y otros (C-8/08, EU:C:2009:343), apartado 28; GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610), apartado 55, así como Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 34.

7 — Sentencia Consten y Grundig/Comisión (56/64 y 58/64, EU:C:1966:41); sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), apartado 16, así como sentencia T-Mobile Netherlands y otros (C-8/08, EU:C:2009:343), apartado 29.

8 — Sentencias T-Mobile Netherlands y otros (C-8/08, EU:C:2009:343), apartado 30; GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610), apartado 55, así como Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 34.

9 — Sentencia GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610), apartado 58. Véase, asimismo, a propósito de una práctica concertada, la sentencia T-Mobile Netherlands y otros (C-8/08, EU:C:2009:343), apartado 27.

10 — Sentencias T-Mobile Netherlands y otros (C-8/08, EU:C:2009:343), apartado 27; GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610), apartado 58; Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 37, así como CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), apartado 54.

11 — Sentencias T-Mobile Netherlands y otros (C-8/08, EU:C:2009:343), apartado 31, así como Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 38.

12 — Punto 40. Véase también el punto 44.

13 — Sentencias Beef Industry Development Society y Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), apartado 17; T-Mobile Netherlands y otros (C-8/08, EU:C:2009:343), apartado 29; Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 35; CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), apartado 50, y sentencia Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión (C-286/13 P, EU:C:2015:184), apartado 114.

14 — Sentencia CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), apartado 51.

de un tipo de coordinación entre empresas no revele un grado suficiente de nocividad para la competencia, es necesario [...] examinar sus efectos y, para aplicar la prohibición, exigir que concurren los factores acreditativos de que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible».¹⁵

51. No abuso de la expresión al calificar esta jurisprudencia de reiterada.

52. No obstante, en una de las sentencias más recientes, de entre las citadas anteriormente, la sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), el Tribunal de Justicia añadió varios elementos para tener en cuenta a la hora de apreciar el contexto económico y jurídico, que vienen a alterar la consecuencia de la distinción entre «restricción por el objeto» y «restricción por el efecto» en el ámbito probatorio.

53. En efecto, según el Tribunal de Justicia, «al apreciar dicho contexto, procede tomar también en consideración la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes».¹⁶ Esto significa, concretamente, que el órgano jurisdiccional que tenga que evaluar el riesgo de que se elimine o de que se debilite gravemente la competencia en el mercado de que se trate «deberá tomar en consideración especialmente la estructura de ese mercado, la existencia de canales de distribución alternativos y su importancia respectiva, así como el poder de mercado de las sociedades afectadas».¹⁷

54. Comparto la apreciación del Abogado General Wahl al respecto en las conclusiones que presentó en el asunto CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), según la cual esta orientación de la jurisprudencia «parece [...] haber difuminado la necesaria distinción entre el examen del objeto contrario a la competencia y el análisis de los efectos que los acuerdos entre empresas tienen en la competencia».¹⁸ Como él, también pienso que la «la línea divisoria entre los conceptos de restricción por el objeto y restricción por el efecto [no puede difuminarse y que] la utilización de este concepto debe delimitarse más claramente».¹⁹ En mi opinión, el presente recurso de casación parece ofrecer al Tribunal de Justicia una nueva oportunidad de clarificar su jurisprudencia; volveré a ello después de haber presentado las ventajas y la necesidad de tal delimitación.

b) Interés de la distinción entre restricción de la competencia por objeto y restricción de la competencia por efecto

55. Nadie cuestiona el carácter alternativo del requisito referido a la existencia de un acuerdo o de una práctica concertada que tenga «por objeto o efecto» restringir la competencia, inherente a la redacción del artículo 101 TFUE, apartado 1.

56. El interés de esta distinción es de orden probatorio: ante una restricción por el objeto, no se requiere prueba de sus efectos contrarios a la competencia actuales o potenciales para movilizar el mecanismo de incompatibilidad.²⁰ En efecto, basta con comprobar que existe un objeto contrario a la competencia para hacer la calificación de restricción de la competencia y proceder, en consecuencia, a

15 — *Ibidem* (apartado 52).

16 — Sentencia Allianz Hungária Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 36.

17 — *Ibidem* (apartado 48).

18 — Punto 46.

19 — Punto 52. No me parece que el Tribunal de Justicia haya procedido expresamente a tal clarificación en la sentencia CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:2204).

20 — Petit, N.: *Droit européen de la concurrence*, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2013, n° 574.

la condena.²¹ Si se demuestra que el objeto del acuerdo (o de la práctica concertada) es contrario a la competencia, podrá ponerse fin a la investigación y la infracción quedará demostrada sin necesidad de probar los efectos, actuales o potenciales, de dicho acuerdo (o de la práctica concertada) en la competencia.²²

57. Según algunos, las restricciones por su objeto llevan consigo una «presunción» de ilegalidad.²³ Sin embargo, el uso de este término es una fuente de confusión. Como explicó muy bien la Abogado General Kokott en las conclusiones que presentó en el asunto T-Mobile Netherlands y otros (C-8/08, EU:C:2009:110), la prohibición de las restricciones a la competencia por su objeto no ha de entenderse «en el sentido de que el objetivo contrario a la competencia crea meramente un tipo de presunción de ilegalidad, que puede destruirse cuando en el caso concreto no pueda probarse la existencia de efectos negativos para el funcionamiento del mercado. Tal interpretación conduciría a mezclar de modo inadmisiblemente los dos supuestos de hecho independientes del artículo [101] [TFUE], apartado 1: la prohibición de las prácticas colusorias con *objetivo contrario a la competencia*, por una parte, y la prohibición de las prácticas colusorias con *efectos contrarios a la competencia*, por otra».²⁴

58. Las ventajas de esta dicotomía son conocidas. Visto desde la perspectiva procedimental explicada anteriormente, el recurso al concepto de objeto contrario a la competencia constituye «indudablemente *una fuente de previsibilidad* y, por consiguiente, *de seguridad jurídica* para las empresas, ya que les permite conocer las consecuencias jurídicas (sobre todo en cuanto a prohibiciones y sanciones) que se derivarán de algunos de sus actos [...]. De este modo, la identificación de los acuerdos que tienen un objeto restrictivo de la competencia surte también, a continuación, *un efecto disuasorio* y contribuye a prevenir los comportamientos contrarios a la competencia. Por último, es una *fuente de economía procesal*, pues permite a las autoridades de defensa de la competencia, cuando se encuentran ante determinadas formas de colusión, concluir que tienen efectos contrarios a la competencia sin necesidad de proceder al examen, a menudo complejo y arduo, de sus efectos reales o potenciales en el mercado de referencia».²⁵

59. No obstante, como precisaba el Abogado General Wahl en el asunto CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punto 36), esas ventajas únicamente se pondrán de manifiesto y se justificarán si la utilización del concepto de restricción por el objeto está claramente circunscrita. En efecto, comparto, a este respecto, el punto de vista expresado por la Abogado General Kokott en las conclusiones que presentó en el asunto T-Mobile Netherlands y otros (C-8/08, EU:C:2009:110): por una parte, un concepto de acuerdo o de práctica concertada con objetivo contrario a la competencia no puede

21 — Prieto, C. y Bosco, D.: *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Bruselas, 2013, n° 566.

22 — Véanse, en particular, Geradin, D., Layne-Farrar, A., y Petit, N.: *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, n° 3-114, p. 135, y Whish, R., y Bailey, D.: *Competition law*, 7ª ed., Oxford University Press, 2012, pp. 119 y 120. Véase igualmente Graham, C.: «Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungría*», *EL Rev.*, 2013 (38), pp. 542 a 551, especialmente, p. 543; Nagy, C.I.: «The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?», *World Competition*, 2013, n° 4, pp. 541 a 564, especialmente, p. 543; Harrison, D.: «The *Allianz Hungría* case. The ECJ's judgment could have ugly consequences», *Competition Law Insight.*, 2013, vol. 12, pp. 10 a 12, especialmente, p. 10; Idot, L., y Prieto, C.: «La Cour de justice revient une nouvelle fois sur la notion d'«objet anticoncurrentiel»», *Revue des contrats*, 2013, pp. 955 a 959, especialmente, p. 957.

23 — Lemaire, Chr.: *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruselas, 2013, n° 8; Petit, N., *Droit européen de la competencia*, Montchrestien-Lextenso éditions, Paris, 2013, n° 594; Bourgeois, J.H.J.: «On the Internal Morality of EU Competition Law», in *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Bruselas, 2014, pp. 347 a 374, especialmente, p. 350; Waelbroeck, D., y Slater, D.: «The scope of object vs effect under article 101 TFEU», in Bourgeois, J., y Waelbroeck, D. (ed.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, pp. 131 a 157, especialmente, pp. 135 y 137. Véase también, en este sentido, el punto 64 de las conclusiones presentadas por el Abogado General Cruz Villalón en el asunto Allianz Hungría Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2012:663, punto 64).

24 — Punto 45.

25 — Conclusiones presentadas por el Abogado General Wahl en el asunto CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), punto 35, el subrayado es mío. Como señalan Geradin, D., Layne-Farrar, A., y Petit, N.: «In a nutshell, it imposes a light evidentiary burden on the competition authority, which does not need to assess the effects of the agreement under scrutiny» (Geradin, D., Layne-Farrar, A., y Petit, N.: *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, n° 3-118, p. 136). Sobre dicha ventaja, véase igualmente, Nagy, C.I.: «The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?», *World Competition*, 2013, n° 4, pp. 541 a 564, especialmente, p. 545, y Graham, C.: «Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungría*», *EL Rev.*, 2013 (38), pp. 542 a 551, especialmente, p. 547.

interpretarse de manera excesivamente amplia, si se tienen en cuenta las graves consecuencias a las que pueden exponerse las empresas afectadas en caso de infracción del artículo 101 TFUE, apartado 1, pero, por otra, tampoco puede hacerse una interpretación excesivamente restrictiva de dicho concepto, so pena de que se elimine, en la práctica, la prohibición de las restricciones de la competencia por su objeto, establecida en el Derecho primario.²⁶

60. Sobre este particular, es preciso reconocer que se ha considerado que la sentencia *Allianz Hungría Biztosító y otros* (C-32/11, EU:C:2013:160) podía, si no eliminar, al menos, difuminar la distinción entre restricción por el objeto y restricción por el efecto,²⁷ cuando es indispensable tener una definición clara de la restricción por el objeto y de los criterios necesarios para determinarla.²⁸

61. En efecto, como ya he señalado anteriormente, en dicha sentencia, el Tribunal de Justicia aclara, a la atención del órgano jurisdiccional nacional que le interrogaba con carácter prejudicial, que este último, al apreciar el contexto económico y jurídico, estaba obligado a «tomar en consideración especialmente la estructura de ese mercado, la existencia de canales de distribución alternativos y su importancia respectiva, así como el poder de mercado de las sociedades afectadas».²⁹

62. No obstante, considero que es posible conciliar la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, anteriormente recordada, y la sentencia mencionada, *Allianz Hungría Biztosító y otros* (C-32/11, EU:C:2013:160).

c) Criterios necesarios para definir una restricción de la competencia «por su objeto»

63. Como he recordado al examinar la jurisprudencia pertinente, no es necesario examinar los efectos de un acuerdo cuando quede acreditado su objeto contrario a la competencia.³⁰ En cambio, es indispensable, en consecuencia, determinar el objeto contrario a la competencia del acuerdo de que se trate.

64. Para apreciar este carácter, la intención de las partes no constituye un elemento necesario aunque puede ser tenido en cuenta, en su caso.³¹ Procede, en cambio, examinar el contenido de las disposiciones del acuerdo, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe.³²

26 — Punto 44.

27 — A propósito de la sentencia *Allianz Hungría Biztosító y otros* (C-32/11, EU:C:2013:160): «la motivación del Tribunal de Justicia parece difuminar la distinción entre ambas calificaciones. Demasiada sutileza tiene el riesgo de perjudicar la comprensión, no sólo por parte de las empresas, sino también de la praxis decisoria de las autoridades de la competencia y de los órganos jurisdiccionales nacionales. *Tal dilatación de la restricción por el objeto es una fuente de confusión*. Puede conducir a su desaparición *de facto*, lo cual supondría el triunfo del enfoque basado en los efectos» (Prieto, C., y Bosco, D.: *Droit européen de la concurrence. Entente et abus de position dominante*, Bruylant, Bruselas, 2013, n° 582; el subrayado es mío); «the Court of Justice seems propose a new approach which would blur the distinction between agreements with the object and those with the effect of restricting competition» (Graham, C.: «Methods for Determining whether an Agreement Restricts Competition: Comment on *Allianz Hungría*», *EL Rev.*, 2013 (38), pp. 542 a 551, especialmente, p. 542, *Abstract*; el subrayado es mío); «the Court of Justice's judgment in *Allianz Hungría* would seem to blur this distinction» (Nagy, C.I.: «The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after *Allianz*: The End of Coherence in Competition Analysis?», *World Competition*, 2013, n° 4, pp. 541 a 564, especialmente, p. 547; el subrayado es mío).

28 — Véase, en este sentido, Lemaire, Chr.: *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruselas, 2013, n° 66: «Since the effect category can be deduced from the object one, it is crucial to have a clear definition of what is anticompetitive by object» (el subrayado es mío).

29 — Sentencia *Allianz Hungría Biztosító y otros* (C 32/11, EU:C:2013:160), apartado 48.

30 — Sentencias *T-Mobile Netherlands y otros* (C-8/08, EU:C:2009:343), apartado 30; *GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros* (C-501/06 P, C-513/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610), apartado 55, así como *Allianz Hungría Biztosító y otros* (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 34.

31 — Sentencias *T-Mobile Netherlands y otros* (C-8/08, EU:C:2009:343), apartado 27; *GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610), apartado 58; *Allianz Hungría Biztosító y otros* (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 37, así como *CB/Comisión* (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), apartado 54.

32 — Sentencias *T-Mobile Netherlands y otros* (C-8/08, EU:C:2009:343), apartado 27, a propósito de una práctica concertada, y *GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610), apartado 58.

65. En efecto, aunque los efectos contrarios a la competencia no tengan que demostrarse cuando se trate de una restricción de la competencia por su objeto, no es menos cierto que la restricción de la competencia en cuestión debe evidentemente ser tal que tenga unas repercusiones mínimas en el mercado.³³

66. En otros términos, por utilizar la expresión del Abogado General Wahl en las conclusiones que presentó en el asunto CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:1958, punto 41), el examen de si un contrato tiene o no un objeto restrictivo no puede *desconectarse* del contexto económico y jurídico en el que lo celebraron las partes.³⁴

67. El contexto económico y jurídico sirve para ayudar a la autoridad encargada de examinar la restricción por el objeto que se ha alegado a *entender* la función económica y el significado real del acuerdo.³⁵

68. Como explicaba la Abogado General Kokott en las conclusiones que presentó en el asunto T-Mobile Netherlands y otros (C-8/08, EU:C:2009:110, punto 46), tener en cuenta el contexto económico y jurídico significa, por tanto, que el acuerdo controvertido únicamente tiene que ser *concretamente* apto para que se impida, restrinja o falsee el juego de la competencia dentro del mercado común.

69. Procede, en efecto, no perder de vista que la ventaja en cuanto a la previsibilidad y al aligeramiento de la carga de la prueba que supone la identificación de los acuerdos restrictivos de la competencia por su objeto se vería «comprometida si esa identificación tuviera que ir precedida de un análisis en profundidad de las consecuencias del acuerdo sobre la competencia, que [tuviera] un alcance bastante más amplio que el examen detallado del acuerdo».³⁶

70. No obstante, sólo cabe justificar un planteamiento superficial cuando se estén examinando comportamientos que (y vuelvo a utilizar una expresión del Abogado General Wahl) presenten *el riesgo intrínseco de producir efectos perjudiciales de especial gravedad*,³⁷ es decir, restricciones que presenten un cierto grado intrínseco de nocividad.³⁸

33 — «[...] the fact that there is no need to prove anti-competitive effects in the case of object restrictions does not mean that there is no quantitative component to object analysis at all. There is a rule that any restriction of competition must be *appreciable*: even a restriction of competition by object could fall outside Article 101(1) if its likely impact on the market is minimal. [...] Because of the need to prove appreciability, it is necessary for the Commission to define the relevant market even in a case involving an object restriction» (Whish, R., y Bailey, D.: *Competition law*, 7ª ed., Oxford University Press, 2012, p. 120). Véanse también, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Mazák presentadas en el asunto Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, EU:C:2011:113): «aunque en virtud de experiencias anteriores determinados tipos de acuerdo parezcan ser infracciones por objeto a primera vista, ello no exime a la Comisión o a la autoridad de competencia nacional de la obligación de llevar a cabo una valoración individual de un acuerdo. Considero que dicha valoración puede frustrarse en buena medida en algunos casos, por ejemplo cuando existen pruebas evidentes de un cártel horizontal que trata de controlar la producción para mantener los precios, pero no puede prescindirse totalmente de ella» (punto 27).

34 — Para ilustrar su razonamiento, el Abogado General Wahl utiliza un ejemplo elocuente, refiriéndose a «una infracción de la que, a la luz de la experiencia adquirida, se presume que produce una de las restricciones de la competencia más graves, a saber, un acuerdo horizontal sobre el precio de una mercancía cualquiera. [Pues bien,] aun cuando est[é] ampliamente reconocido que estos acuerdos son en general muy nocivos para la competencia, no sería obligado llegar a esa conclusión en el caso de que, por ejemplo, las empresas implicadas dispusieran únicamente de una cuota mínima del mercado de referencia» [conclusiones presentadas por el Abogado General Wahl en el asunto CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), punto 42]. Véanse asimismo, en este sentido, Waelbroeck, D., y Slater, D.: «The scope of object vs effect under article 101 TFEU», in Bourgeois, J., y Waelbroeck, D. (ed.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, pp. 131 a 157, especialmente, pp. 135 y 146.

35 — Véase, en este sentido, Nagy, C.I., «The Distinction between Anti-competitive Object and Effect after Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?», *World Competition*, 2013, n° 4, pp. 541 a 564, especialmente, p. 558.

36 — Conclusiones presentadas por el Abogado General Wahl en el asunto CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), punto 60.

37 — Conclusiones presentadas por el Abogado General Wahl en el asunto CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:1958), punto 55.

38 — *Ibidem* (punto 58).

71. Por otra parte, esta manera de proceder se ajusta a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia según la cual «el criterio jurídico esencial para determinar si una coordinación entre empresas conlleva tal restricción de la competencia “por el objeto” consiste en la constatación de que esa coordinación tiene por sí misma un grado suficiente de nocividad para la competencia».³⁹

72. Concretamente, estimo que la experiencia acumulada desde hace más de sesenta años autoriza, en adelante, a considerar que las hipótesis contempladas en el artículo 101 TFUE, apartado 1, cumplen el requisito de nocividad intrínseca.

73. Entender la enumeración contenida en dicha disposición como el «núcleo duro» de las restricciones a la competencia por el objeto⁴⁰ responde al doble imperativo que se deriva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y pretende, por una parte, que los tipos de acuerdos contemplados en el artículo 101 TFUE, apartado 1, no forman una lista exhaustiva de prácticas colusorias prohibidas,⁴¹ al tiempo que aclara, por otra parte, que no cabe interpretar de forma extensiva el concepto de restricción de la competencia por el objeto.⁴²

74. En efecto, para los acuerdos expresamente contemplados en el artículo 101 TFUE, apartado 1, no procedería apartarse de la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual la existencia de una explicación alternativa plausible de los comportamientos imputados (concretamente, la falta de cualquier interés comercial) no debe llevar a imponer mayores exigencias a las pruebas que deban aportarse.⁴³ En cambio, aunque no se excluye que otros tipos de acuerdos, atípicos o complejos, puedan tener un objeto susceptible de impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, su prohibición requiere un análisis más profundo del contexto económico y jurídico en el que se inscriben, sin que tal análisis deba, sin embargo, llegar a constituir un estudio de los efectos del acuerdo.

75. Las recientes sentencias Siemens y otros/Comisión (C-239/11 P, C-489/11 P y C-498/11 P, EU:C:2013:866) y Allianz Hungría Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160) no son contradictorias y pueden inscribirse en el marco que propongo.

76. En la primera de dichas sentencias, el Tribunal de Justicia tenía que examinar, en particular, la aplicación por el Tribunal General de los principios que rigen la carga y la práctica de la prueba en materia de restricciones de la competencia por el objeto. Por lo tanto, su decisión es del todo pertinente a efectos del problema que ahora nos ocupa. Pues bien, no sólo el Tribunal de Justicia consideró que «los acuerdos dirigidos a repartirse los mercados tienen, por sí mismos, un objeto restrictivo de la competencia y *están incluidos en un categoría de acuerdos expresamente prohibida por el artículo 101 TFUE, apartado 1*»,⁴⁴ sino que, además, deduce que «tal objeto no [podía] justificarse por medio de un análisis del contexto económico en el que se inscribe el comportamiento contrario a la competencia en cuestión».⁴⁵

39 — Sentencia CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), apartado 57.

40 — De alguna manera, se trata de la idea de «object box» defendida por determinados autores.

41 — Sentencia Beef Industry Development Society y Barry Brothers (C-209/07, EU:C:2008:643), apartado 23.

42 — Sentencia CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), apartado 58. La interpretación estricta de las restricciones por su objeto es inherente a la «presunción» de ilegalidad que suponen: «The finding of ‘restriction by object’ must be underpinned by strong evidence from past experience and/or consensus on the underlying economic theory. A narrow reading of this provision, limited to cases based on solid empirical and theoretical foundations can potentially justify a reversal of the presumption of innocence» (Waelbroeck, D., y Slater, D.: «The scope of object vs effect under article 101 TFEU», in Bourgeois, J., y Waelbroeck, D. (ed.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law. State of play and perspectives*, Bruylant, 2013, pp. 131 a 157, especialmente, p. 156).

43 — Sentencia Sumitomo Metal Industries y Nippon Steel/Comisión (C-403/04 P y C-405/04 P, EU:C:2007:52), apartado 45.

44 — Sentencia Siemens y otros/Comisión (C-239/11 P, C-489/11 P y C-498/11 P, EU:C:2013:866), apartado 218. El subrayado es mío.

45 — *Idem*.

77. En cambio, en la segunda de dichas sentencias, el Tribunal de Justicia tenía ante sí una situación que yo calificaría de atípica, y que, en cualquier caso, no formaba parte de ninguna de las categorías contempladas en el artículo 101 TFUE, apartado 1. Esta particularidad explica que aportara dos precisiones en relación con el análisis del contexto económico y jurídico.

78. Primero, indicó que, al apreciar dicho contexto, procedía «tomar [...] en consideración la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes».⁴⁶

79. Añadió luego, para el órgano jurisdiccional nacional que lo interrogaba con carácter prejudicial, que, con el fin de evaluar el riesgo de eliminación o grave debilitamiento de la competencia, dicho órgano debería tomar en consideración no sólo la estructura de ese mercado sino también «la existencia de canales de distribución alternativos y su importancia respectiva, así como el poder de mercado de las sociedades afectadas».⁴⁷

80. Mi opinión es que la enunciación de estos criterios adicionales, que se aproximan al análisis de los efectos de un acuerdo o de un cártel, se explica únicamente por la especificidad de los hechos que están en el origen de la solicitud de decisión prejudicial y por la voluntad del Tribunal de Justicia de facilitar al órgano jurisdiccional la respuesta más completa posible.

81. En efecto, en dicho asunto, se trataba de una serie de acuerdos con arreglo a los cuales entidades aseguradoras de automóviles pactaban bilateralmente, bien con concesionarios de automóviles que operan como talleres de reparación, bien con una asociación que representa a estos últimos, el precio por hora que había de abonar la entidad aseguradora por la reparación de los vehículos asegurados por ella, estableciendo que dicha tarifa dependería, entre otros factores, del número y porcentaje de contratos de seguro que el concesionario hubiera comercializado como mediador de dicha entidad.⁴⁸

82. Por lo tanto, los referidos concesionarios estaban vinculados a las entidades aseguradoras en un doble sentido. Por una parte, reparaban, en caso de siniestro, los vehículos asegurados por cuenta de las entidades aseguradoras y, por otra parte, actuaban como mediadores en favor de éstas, ofreciendo a sus clientes, en el momento de la venta o de la reparación de vehículos, seguros de automóvil, en su condición de mandatarios de sus propios corredores de seguros o de corredores asociados.

83. Tomados por separado, cada uno de los acuerdos no era en sí mismo perjudicial para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia en el mercado pertinente (el de la reparación de vehículos siniestrados, por una parte, y el de la actividad de corretaje de seguros de automóvil, por otra). No obstante, analizados conjunta y globalmente, no se excluía que dichos acuerdos tuvieran tal repercusión.

84. Los factores de apreciación específicos enunciados en el punto 48 de la sentencia Allianz Hungría Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160) —a saber, la toma en consideración de la existencia de canales de distribución alternativos, de su importancia respectiva, así como del poder de mercado de las sociedades afectadas— son, por lo tanto, propios de este asunto y no pueden generalizarse, so pena de generar una confusión entre las restricciones por el objeto y las restricciones por el efecto.

85. La jurisprudencia posterior a dicha sentencia confirma el carácter específico y aislado de la sentencia Allianz Hungría Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160).

46 — Sentencia Allianz Hungría Biztosító y otros (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 36.

47 — *Ibidem* (apartado 48).

48 — Esta especificidad se explica por el hecho de que los concesionarios húngaros tienen la facultad de actuar como mediadores o corredores de seguros de automóviles por cuenta de sus clientes con ocasión de la venta o de la reparación de vehículos.

86. En efecto, el Tribunal de Justicia ha seguido recordando que, para apreciar si un acuerdo entre empresas o una decisión de asociación de empresas presentaba un grado suficiente de nocividad, procedía examinar el contenido de sus disposiciones, la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe. Pues bien, si bien en lo que respecta a la apreciación de dicho contexto, parece que el Tribunal de Justicia recoge en adelante algunos de los factores enunciados por primera vez en la sentencia *Allianz Hungária Biztosító y otros* (C-32/11, EU:C:2013:160), al referirse a la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como a las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o mercados de que se trate,⁴⁹ ya no añade los criterios abordados con profundidad que son propios del asunto en el que se dictó la citada sentencia.

d) Intento de síntesis al apreciar las hipótesis de restricción de la competencia por el objeto

87. Al término de estas observaciones generales y preliminares acerca de la definición de la restricción de la competencia por el objeto, deseo distinguir dos hipótesis.

88. El principio es idéntico en los dos supuestos: para apreciar si un acuerdo entre empresas (o una decisión de asociación de empresas) presenta, por su propia naturaleza, un grado suficiente de nocividad para poder considerarse una restricción de la competencia «por su objeto» en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, es preciso atender al contenido de sus disposiciones, a su objeto, es decir, a los objetivos que pretende alcanzar, y al contexto económico y jurídico en el que se inserta. Este principio también se aplica, *mutatis mutandis*, a las prácticas concertadas.

89. Si la conclusión de dicho análisis es afirmativa y el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada forma parte de una categoría expresamente contemplada en el artículo 101 TFUE, apartado 1, el análisis del contexto económico y jurídico puede efectuarse de manera marginal.

90. Pero, en cambio, si de ese mismo análisis resulta que el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada no está contemplada en ninguno de los supuestos a que se refiere el artículo 101 TFUE, apartado 1, o presenta características que convierten en atípica o compleja la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada, será preciso realizar con mayor profundidad el contexto económico y jurídico.

91. En este último supuesto, podrán tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios afectados, así como las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura del mercado o de los mercados de que se trate a la hora de apreciar el contexto económico y jurídico, así como, en casos excepcionales, las características adicionales mencionadas en el apartado 48 de la sentencia *Allianz Hungária Biztosító y otros* (C-32/11, EU:C:2013:160). Además, si bien la intención de las partes no constituye un elemento necesario para determinar el carácter restrictivo de un acuerdo, de una decisión de asociación de empresas o de la realización de una práctica concertada, nada prohíbe tenerla en cuenta.⁵⁰

49 — Se trata de los criterios enunciados en el apartado 36 de la sentencia *Allianz Hungária Biztosító y otros* (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 36, y retomado, desde entonces, en las sentencias *CB/Comisión* (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), apartado 53, y *Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión* (C-286/13 P, EU:C:2015:184), apartado 117. Véanse asimismo las conclusiones presentadas por la Abogado General Kokott en los asuntos acumulados *Fresh Del Monte Produce/Comisión y Comisión/Fresh Del Monte Produce* (C-293/13 P y C-294/13 P, EU:C:2014:2439), punto 209 y por el Abogado General Wahl en el asunto *ING Pensii* (C-172/14, EU:C:2015:272), punto 41.

50 — Sentencias *T-Mobile Netherlands y otros* (C-8/08, EU:C:2009:343), apartado 27; *GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610), apartado 58; *Allianz Hungária Biztosító y otros* (C-32/11, EU:C:2013:160), apartado 37, así como *CB/Comisión* (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), apartado 54.

2. Sobre la apreciación de la existencia de una restricción por el objeto en el caso de autos

92. Mediante su primer motivo, Toshiba alega que el Tribunal General ha cometido un error de Derecho al considerar que «un acuerdo como el Gentlemen's Agreement destinado a proteger a los fabricantes europeos en su territorio de la competencia real o potencial procedente de los fabricantes japoneses es susceptible de restringir la competencia, a menos que existan barreras infranqueables a la entrada en el mercado europeo que excluyan cualquier competencia potencial por parte de los fabricantes japoneses».⁵¹

93. Según Toshiba, el Tribunal General debió haber comprobado que los fabricantes japoneses tenían posibilidades reales y concretas de entrar en el mercado y si tal entrada era una estrategia económica viable. Considera que se equivocó al contentarse con comprobar si las barreras de entrada eran infranqueables y concluir que «la Comisión podía, por lo tanto, limitarse a demostrar que las barreras de entrada en el mercado europeo no eran infranqueables».⁵²

94. Añade que el Tribunal General también incurrió en un error de Derecho al basarse en la existencia del Gentlemen's Agreement para demostrar la existencia de una relación de competencia entre los fabricantes japoneses y los fabricantes europeos cuando concluyó que «la misma existencia del Gentlemen's Agreement constituye un fuerte indicio de la existencia de una relación competitiva entre fabricantes japoneses y europeos».⁵³

95. Por lo tanto, lo que Toshiba critica fundamentalmente es la respuesta del Tribunal General a la argumentación que se hizo valer ante él según la cual la Comisión no había procedido a un análisis económico detallado de la situación.

96. Pues bien, a este respecto, es obligado señalar que el Tribunal General había afirmado antes de los apartados criticados lo siguiente:

- por una parte, que el artículo 81 CE, apartado 1, prohíbe los acuerdos cuyo objeto o efecto sea restringir la competencia y que, por lo tanto, no era preciso demostrar los efectos concretos de un acuerdo cuando el objeto del mismo es restringir la competencia (apartado 227 de la sentencia recurrida), y
- por otra parte, que la Comisión había considerado «con razón que, como acuerdo de reparto del mercado, el Gentlemen's Agreement debía calificarse de restricción por su objeto» (apartado 228 de la sentencia recurrida) y que, por consiguiente, «su declaración de que [...] no estaba obligada a demostrar que tuvo efectos contrarios a la competencia era conforme a Derecho» (apartado 228 de la sentencia recurrida).

97. Considero que este análisis es del todo conforme con el enfoque que he expuesto anteriormente.

51 — Apartado 230 de la sentencia recurrida.

52 — *Idem*.

53 — Apartado 231 de la sentencia recurrida.

98. En efecto, dado que el Gentlemen's Agreement consagra un acuerdo informal con arreglo al cual los fabricantes europeos y los fabricantes japoneses pactaron que se abstendrían de efectuar ventas en los territorios respectivos de ambos grupos, su calificación como restricción por el objeto es conforme a la comprensión común de este tipo de acuerdo o cártel.⁵⁴

99. Por consiguiente, con arreglo a las consecuencias probatorias y al alcance del control inherentes al reconocimiento de una restricción de la competencia por el objeto, el Tribunal General tuvo razón al declarar que «un acuerdo como el Gentlemen's Agreement, cuyo fin es proteger a los fabricantes europeos en su territorio de una competencia real o potencial procedente de los fabricantes japoneses es susceptible de restringir la competencia, a menos que existan barreras infranqueables a la entrada en el mercado europeo que excluyan cualquier competencia potencial por parte de los fabricantes japoneses [y que] la Comisión podía, por lo tanto, limitarse a demostrar que las barreras de entrada en el mercado europeo no eran infranqueables»,⁵⁵ como así hizo al referirse a la penetración en dicho mercado por parte de un fabricante japonés.

100. Tampoco incurrió en un error de Derecho el Tribunal General al considerar, por sí mismo, que el Gentlemen's Agreement era un «fuerte indicio de la existencia de una relación competitiva entre fabricantes japoneses y europeos»⁵⁶ y, por otra parte, que las barreras de entrada en el mercado europeo no eran de carácter infranqueable. En efecto, el Gentlemen's Agreement es, en cuanto tal, un elemento del contexto económico y jurídico pertinente.

101. Exigir al Tribunal General que compruebe «si los fabricantes japoneses tenían posibilidades reales y concretas de entrar en el mercado y si tal entrada era una estrategia económica viable», como sostiene Toshiba en apoyo de su primer motivo, conduciría a plantear requisitos más estrictos en cuanto a las pruebas que han de presentarse. Sin embargo, tal exigencia es contraria a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁵⁷ y al marco propuesto en mis observaciones generales y preliminares.

102. Por consiguiente, debe concluirse que el primer motivo es infundado.

B. Sobre el segundo motivo, basado en una desnaturalización de los elementos de prueba en los que se basa el Tribunal General para declarar que las barreras de entrada en el mercado delEEE no eran infranqueables

103. Para demostrar que las eventuales barreras de entrada en el mercado europeo no eran infranqueables, el Tribunal General no sólo se basó en la propia existencia del Gentlemen's Agreement, sino también en el hecho de que una de las empresas japonesas que eran parte del mismo había aceptado proyectos procedentes de clientes radicados en Europa.

54 — El artículo 101, apartado 1, letra c), se refiere expresamente a las decisiones o las prácticas que consistan en «repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento». Véanse, asimismo, Geradin, D., Layne-Farrar, A., y Petit, N.: *EU competition law and economics*, Oxford University Press, 2012, n° 3-114, p. 135, y Whish, R., y Bailey, D.: *Competition law*, 7ª ed., Oxford University Press, 2012, p. 122; Lemaire, Chr.: *New frontiers of antitrust 2012*, Bruylant, Bruselas, 2013, n° 68; Bourgeois, J.H.J.: «On the Internal Morality of EU Competition Law», en *Mundi et Europae civis: liber amicorum Jacques Steenbergen*, Larcier, Bruselas, 2014, pp. 347 a 374, especialmente, p. 351; Harrison, D.: «The Allianz Hungária case. The ECJ's judgment could have ugly consequences», *Competition Law Insight.*, 2013, vol. 12, pp. 10 a 12, especialmente, p. 10.

55 — Apartado 230 de la sentencia recurrida.

56 — Apartado 231 de la sentencia recurrida.

57 — Sentencia Sumitomo Metal Industries y Nippon Steel/Comisión (C-403/04 P y C-405/04 P, EU:C:2007:52), apartado 45.

104. Toshiba sostenía, al contrario, que la empresa Hitachi había afirmado, en su respuesta a la petición de información de 28 de febrero de 2008 y a lo largo de la audiencia, que no había vendido transformadores de potencia en la Unión o en el EEE durante el período comprendido entre los años 2001 y 2003. Frente a dicha afirmación, el Tribunal General consideró que, «en dicho contexto, proced[ía] recordar que, posteriormente, en su escrito de 30 de marzo de 2009, Hitachi se desd[ijo] de sus afirmaciones y declar[ó] que aceptaba las conclusiones de la Comisión acerca de la existencia y del contenido del Gentlemen's Agreement, tal y como se recogían en el pliego de cargos». ⁵⁸

105. Toshiba considera que, de ese modo, el Tribunal General falseó el contenido del escrito de Hitachi, dando una interpretación de la misma tergiversada.

106. Según reiterada jurisprudencia, del artículo 256 TFUE y del artículo 58, párrafo primero, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el recurso de casación se limitará a las cuestiones de Derecho y, por lo tanto, el Tribunal General es el único competente para determinar los hechos y apreciarlos, salvo en los casos en que la inexactitud material de sus comprobaciones se desprenda de los documentos que obran en autos. En otros términos, salvo en caso de desnaturalización de los elementos de prueba aportados ante el Tribunal General, la apreciación de los hechos no constituye una cuestión de Derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia. ⁵⁹

107. Cuando se alegue una desnaturalización de los hechos, ésta debe deducirse manifiestamente de los documentos que obran en autos, sin que sea necesario efectuar una nueva apreciación de los hechos y de las pruebas. ⁶⁰

108. Pues bien, del examen del escrito de Hitachi no se desprende que el Tribunal haya desnaturalizado los elementos de hecho. En efecto, en el mismo, se indica expresamente que Hitachi acepta las conclusiones acerca de la existencia y el alcance del Gentlemen's Agreement tal y como aparecen en el pliego de cargos. Pues bien, de la propia respuesta de Toshiba al pliego de cargos resulta que, en dicho pliego de cargos, la Comisión ya mencionaba la cuestión de la aceptación por parte de Hitachi de tres contratos en el mercado europeo. ⁶¹

109. Por lo tanto, el Tribunal pudo señalar en los apartados 232 a 234 de la sentencia recurrida, sin desnaturalizar los elementos fácticos que constaban en el escrito de Hitachi, que, con posterioridad a su respuesta a la petición de información de la Comisión de 28 de febrero de 2008 y a la audiencia, dicha sociedad se desdijo de sus afirmaciones declarando que aceptaba las conclusiones de la Comisión acerca de la existencia y del contenido del Gentlemen's Agreement, tal y como se recogían en el pliego de cargos.

110. Debo señalar, por lo demás, que el segundo motivo invocado por Toshiba en apoyo de su recurso de casación sólo atañe al apartado 233 de la sentencia recurrida. Sin embargo, en el apartado inmediatamente anterior, el Tribunal General ya afirma que la referencia que la Comisión hace, en la Decisión controvertida, a la aceptación de tres proyectos europeos por parte de Hitachi «demuestra que las barreras de entrada no eran infranqueables para un fabricante japonés». Pues bien, ni dicho apartado, ni tampoco aquellos a lo largo de los cuales el Tribunal General analiza la cuestión (y a los que se remite el Tribunal General al final del apartado 233 de su sentencia) ⁶² son objeto de crítica por parte de Toshiba en el marco del recurso de casación.

58 — Apartado 233 de la sentencia recurrida.

59 — Véanse, especialmente, en este sentido las sentencias Wunenburger/Comisión (C-362/05 P, EU:C:2007:322), apartado 66; YKK y otros/Comisión (C-408/12 P, EU:C:2014:2153), apartado 44, y Marktgemeinde Straßwalchen y otros (C-531/13, EU:C:2015:79), apartado 38.

60 — Véanse, especialmente, en este sentido, las sentencias Wunenburger/Comisión (C-362/05 P, EU:C:2007:322), apartado 67; YKK y otros/Comisión (C-408/12 P, EU:C:2014:2153), apartado 44, y Marktgemeinde Straßwalchen y otros (C-531/13, EU:C:2015:79), apartado 39.

61 — Véanse los apartados 83 a 88 de la respuesta de Toshiba al pliego de cargos, anexo A.03.24.a al recurso de casación.

62 — Es decir, los apartados 59 a 62 de la sentencia recurrida.

111. Esta falta de crítica, por parte de Toshiba contradice la posibilidad de una desnaturalización de los hechos, pues, recuérdese, debe deducirse manifiestamente de los documentos que obran en autos, sin necesidad de efectuar una nueva apreciación de los hechos y de las pruebas.

112. Por consiguiente, ha de concluirse que el examen del escrito de Hitachi no releva que el Tribunal General haya desnaturalizado de manera manifiesta los elementos fácticos contenidos en la misma.

C. Sobre el tercer motivo, relativo a la duración de la participación de Toshiba en la infracción, basado en una motivación contradictoria y en una desnaturalización de las pruebas, en una aplicación errónea del distanciamiento público y en una vulneración del principio de responsabilidad personal

113. El tercer motivo aducido por Toshiba se refiere a la duración de su participación en el Gentlemen's Agreement. Dicho motivo se subdivide en tres partes. En primer lugar, sostiene que la sentencia del Tribunal General presenta una motivación contradictoria en relación con las comprobaciones fácticas y las pruebas establecidas anteriormente, lo cual supone una desnaturalización de las mismas. En segundo lugar, considera que el Tribunal General ha aplicado erróneamente el criterio del distanciamiento público. En tercer lugar, estima que vulneró el principio de responsabilidad personal al considerar que la alegación de Toshiba relativa a su no participación en la reunión de Zúrich era «inoperante». La segunda y la tercera parte del motivo se refieren en realidad a las mismas consideraciones del Tribunal General, por lo que las examinaré conjuntamente.

1. Sobre la motivación contradictoria y la desnaturalización de las pruebas

114. Según Toshiba, el Tribunal General se contradijo al decir de ella, por una parte, en el apartado 208 de la sentencia recurrida, que «había excluido participar en futuras reuniones» y considerar, por otra parte, que «existían dudas acerca de la futura participación de la recurrente en el Gentlemen's Agreement» (apartado 209 de la sentencia recurrida) y que su participación dependería de la de TM T&D (apartado 211 de la sentencia recurrida).

115. Ciertamente, tales alegaciones de Toshiba obedecen a una lectura sesgada de la sentencia recurrida y de los elementos invocados en apoyo de la misma.

116. En efecto, lo que el Tribunal General declara en el apartado 208 de su sentencia, es que, en razón de la creación de la empresa común TM T&D, la participación de Toshiba en futuras reuniones estaba aún por decidir. El Tribunal General deduce de ciertos documentos que, ciertamente, Toshiba había excluido participar en las mismas a título individual, pero que los demás participantes habían señalado claramente, que, sin ella, decaía el interés en mantener el Gentlemen's Agreement.

117. Como es muy lógico, después de señalar, en el apartado 210 de la sentencia recurrida, que no podía colegirse de ningún documento que Toshiba se hubiera distanciado del Gentlemen's Agreement a lo largo de la reunión de Viena, el Tribunal continúa señalando, en el apartado 211 de la sentencia, «que también se desprende de los documentos invocados por la recurrente que, tras su anuncio de que la participación de TM T&D en futuras reuniones debía aún decidirse y de que su participación dependía de ello, las empresas que participaron en dicha reunión confirmaron, aun con todo, el Gentlemen's Agreement y las normas de comunicación de los proyectos cubiertos por el acuerdo».

118. Contrariamente a lo que alega Toshiba, cada uno de los documentos invocados confirma que las incertidumbres referidas, por una parte, a la presencia de Toshiba en la próxima reunión y, por otra parte, a la continuación de su participación en el Gentlemen's Agreement, con carácter individual o a través de TM T&D.

119. En primer lugar, según el memorándum de la reunión de Viena redactado por el Sr. Okamoto (Fuji), aún no se había decidido si Toshiba iba a participar en las reuniones posteriores a la creación de la empresa común. Aunque se añadiera, entre paréntesis, que «no se espera una decisión intermedia como la de continuar como [Toshiba]», dicha frase está acompañada inmediatamente de la mención «Sí o No». Además del carácter accesorio de dicho elemento, señalado con el uso del paréntesis, añadir la alternativa «sí o no» indica indiscutiblemente que se trataba de un sentir primero, que aún no había sido objeto de una decisión.⁶³

120. Además, contrariamente a lo sugerido por Toshiba, la nota interpretativa anexa a la declaración de Fuji a la Comisión con arreglo al régimen de clemencia no se limita a afirmar que «Toshiba ha negado la posibilidad de asistir a las reuniones tras la creación de TM T&D (mientras que Mitsubishi no asiste a las mismas)», sino que también afirma que, «dado que Mitsubishi ya no participa en esas reuniones, debería tomarse una decisión para determinar si se autorizaría a TM T&D a participar en las mismas».⁶⁴

121. Por último, no es exacto afirmar que el acta de la reunión de Viena no es clara cuando lo cierto es que en la misma se indica, sin género de ambigüedades, que la futura participación de Toshiba en las próximas reuniones «se decidirá de forma relativamente rápida» y se aclara, además, que las futuras reuniones sólo tendrán sentido si dicha participación continúa. Este punto del acta concluye, además, con la afirmación de que esta cuestión será el principal punto del orden del día de la próxima reunión.⁶⁵ Mientras tanto, el Gentlemen's Agreement queda confirmado.⁶⁶

122. Por consiguiente, procede concluir que el examen de los documentos en los que el Tribunal General se basó no revela que éste haya desnaturalizado de manera manifiesta los elementos fácticos contenidos en los mismos ni que le haya llevado a un razonamiento contradictorio.

2. Sobre la aplicación errónea del criterio de la distanciamiento público y la vulneración del principio de responsabilidad personal

123. Según Toshiba, el Tribunal General aplicó erróneamente el criterio de la distanciamiento público cuando, en el apartado 218 de la sentencia recurrida, rechazó su alegación de no haber participado en la reunión de Zúrich tras la creación de TM T&D, calificándola de inoperante. En otros términos, Toshiba considera, remitiéndose a los apartados 213 y 220 de la sentencia recurrida, que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho al considerar que la ausencia de Toshiba en la reunión de Zúrich tenía poca importancia a efectos de apreciar el criterio de distanciamiento público, pese a haber deducido previamente de unos documentos invocados por Toshiba que la sombra de una duda planeaba sobre su futura participación en el cártel.

63 — El documento original, en lengua inglesa, está redactado en los siguientes términos: «Whether or not to participate in AC after the establishment of T5/T4 JV is not yet decided. (There would not be a tepid decision such as to continue to attend as T5. Yes or No.)» (memorándum interno de Fuji relativo a la reunión de Viena redactado por el Sr. Okamoto, anexo A.14 al recurso de casación).

64 — El documento original, en lengua inglesa, está redactado en los siguientes términos: «In addition, since Mitsubishi was no longer participating in these meetings [...], a decision had to be made whether TM T&D would be allowed to attend the meetings. The possibility of Toshiba attending the meetings after TM T&D had been established (while Mitsubishi does not attend) was denied by Toshiba». (Declaración de Fuji a la Comisión con arreglo al régimen de clemencia, anexo A.16 al recurso de casación).

65 — El documento original, en lengua inglesa, está redactado en los siguientes términos: «Future participation of T5 (and maybe T4) in AC mtgs will be decided relatively soon. Depending on that decision, future AC mtgs make only sense, if continuation. In next mtg this item will be main topic.» (acta de la reunión de Viena, Siemens/Hitachi, anexo A.15 al recurso de casación).

66 — El documento original, en lengua inglesa, está redactado en los siguientes términos, bajo el apartado «3. GA and Inhouse business): «Confirmation on rules: GA enquiries via Secs» (acta de la reunión de Viena, Siemens/Hitachi, anexo A.15 al recurso de casación).

124. Aunque suele invocarse regularmente el criterio del distanciamiento público por parte de las empresas a las que se reprocha un comportamiento contrario a la competencia, debe señalarse que está apenas desarrollado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁶⁷ y suscita poco interés por parte de la doctrina. La sentencia Comap/Comisión (C-290/11 P, EU:C:2012:271) me parece apropiada para delimitar sus contornos.

125. En efecto, en dicha sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que los conceptos de distanciamiento público y de continuidad de una práctica contraria a la competencia «traducen situaciones fácticas, cuya existencia declara el juez del fondo, caso por caso, basándose en la apreciación “de un cierto número de coincidencia e indicios” que se le someten y, tras “una evaluación global del conjunto de pruebas e indicios pertinentes”». ⁶⁸ De esta definición resulta que, «siempre que dichas pruebas se hayan obtenido de modo regular, se hayan observado las normas y los principios generales del Derecho en materia de carga de la prueba, así como las normas procesales en materia de valoración de la prueba, corresponde únicamente al Tribunal General apreciar la importancia que ha de atribuirse a los elementos que le han sido sometidos. Así pues, esta apreciación no constituye, salvo en caso de desnaturalización de dichos elementos, una cuestión de Derecho sujeta, como tal, al control del Tribunal de Justicia». ⁶⁹

126. Este enfoque, acorde con el seguido en la anterior jurisprudencia,⁷⁰ se ve confirmado en la sentencia Quinn Barlo y otros/Comisión (C-70/12 P, EU:C:2013:351, apartados 28 a 30).

127. En general, el distanciamiento público suele invocarse por parte de empresas que han participado en una reunión sin voluntad de participar en el acuerdo o en el cártel discutido durante la misma. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a estos supuestos, que puede calificarse de reiterada, pese al limitado número de sentencias pronunciadas sobre la cuestión, puede resumirse de la siguiente forma: «basta con que se demuestre que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente para probar satisfactoriamente la participación de dicha empresa en el cártel. Cuando la participación en tales reuniones ha quedado acreditada, incumbe a esta empresa aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia, probando que informó a sus competidores de que participaba en las reuniones con intenciones diferentes a las suyas». ⁷¹ A este respecto, el Tribunal de Justicia añade que «es la comprensión que los otros participantes en una práctica colusoria tienen de la intención de la empresa implicada lo determinante para apreciar si esta última pretendía distanciarse del acuerdo ilícito». ⁷²

67 — Véanse, en particular, las sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6); Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408); Archer Daniels Midland/Comisión (C-510/06 P, EU:C:2009:166); Comap/Comisión (C-290/11 P, EU:C:2012:271); Quinn Barlo y otros/Comisión (C-70/12 P, EU:C:2013:351), y el auto Adriatica di Navigazione/Comisión (C-111/04 P, EU:C:2006:105). Podemos encontrar la huella de una idea de distanciamiento público en la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356), al haber sostenido la Comisión en el asunto que dio lugar a dicha sentencia que «corresponde a quien pretende verse *excluido* de las conclusiones relativas a las acciones convenidas aportar la prueba expresa de su *disociación*» (apartado 95). El subrayado es mío.

68 — Apartado 71.

69 — *Idem*.

70 — Véanse, en este sentido, además de la sentencia Comap/Comisión (C-290/11 P, EU:C:2012:271), apartados 76 a 78; la sentencia Archer Daniels Midland/Comisión (C-510/06 P, EU:C:2009:166), apartado 132, así como el auto Adriatica di Navigazione/Comisión (C-111/04 P, EU:C:2006:105), apartados 50 y 54.

71 — Sentencia Archer Daniels Midland/Comisión (C-510/06 P, EU:C:2009:166), apartado 119, que se remite a la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, EU:C:2004:6), apartado 81.

72 — Sentencia Archer Daniels Midland/Comisión (C-510/06 P, EU:C:2009:166), apartado 120.

128. En el caso de autos, con la segunda y la tercera parte del tercer motivo, Toshiba sugiere, fundamentalmente, que el Tribunal General cometió un error de Derecho al estimar que podía considerarse que participó en el Gentlemen's Agreement hasta la reunión de Zúrich, pese a lo que declaró durante la reunión de Viena del mes de septiembre de 2002 para distanciarse del mismo, y también pese al hecho de que no participó, por lo menos, a título individual, en la reunión de Zúrich en mayo de 2003 y a la circunstancia de que la Comisión no había incluido a la empresa común TM T&D entre los destinatarios de la Decisión controvertida.

129. Ciertamente, en el presente asunto, la configuración de los hechos difiere un poco de la de las sentencias que acabo de citar. En efecto, en este asunto, Toshiba sostiene que se distanció públicamente durante la reunión de Viena al anunciar que no participaría, al menos a título individual, en las siguientes reuniones, reuniones debido a la creación de una empresa común con Mitsubishi (cuya participación estaba aún por decidir), todo lo cual se veía confirmado por su ausencia a la reunión de Zúrich.

130. No obstante, incluso en esta hipótesis particular, estimo que la cuestión de si podía considerarse que Toshiba fue parte en el Gentlemen's Agreement durante el período comprendido entre la reunión de Viena y la reunión de Zúrich sigue siendo una apreciación fáctica que escapa de la competencia del Tribunal de Justicia, salvo desnaturalización de las pruebas.⁷³ El motivo alegado por Toshiba «equivale, a fin de cuentas, a cuestionar la apreciación del Tribunal General relativa a hechos y a elementos probatorios que le han sido presentados en relación con la falta de distanciamiento público de la recurrente».⁷⁴

131. En efecto, contrariamente a lo que ocurre en el asunto Total marketing services/Comisión (C-634/13 P, pendiente ante el Tribunal de Justicia), no estamos en presencia de una situación en la que no exista el menor principio de prueba de que la empresa en cuestión haya seguido participando en el cártel de que se trata después de una determinada fecha. Al contrario, retomando la distinción efectuada por el Abogado General Wahl en las conclusiones que presentó en este mismo asunto,⁷⁵ estamos, en efecto, ante una situación en la que la falta de distanciamiento expreso permite mantener la presunción, basada en indicios concretos, según la cual se supone que una empresa que haya participado en reuniones cuyo objeto sea contrario a la competencia ha participado en un acuerdo contemplado en la prohibición del artículo 101 TFUE, apartado 1.

132. En efecto, si bien, como ha expuesto Toshiba con carácter preliminar, en el apartado 25 del recurso de casación, ya había sostenido, en el marco de su defensa ante el Tribunal General, que no existían pruebas de que su participación hubiera continuado después de la reunión de Viena y que los demás miembros del Gentlemen's Agreement habían entendido con claridad, basándose en diferentes elementos, que había tomado públicamente sus distancias respecto de dicho acuerdo, no es menos cierto que, al haber participado en distintos encuentros, incluida la reunión de Viena, le correspondía a ella, con arreglo a la jurisprudencia que se ha recordado anteriormente, presentar la prueba de que se había distanciado públicamente del Gentlemen's Agreement⁷⁶ y de que los otros participantes en la práctica colusoria habían comprendido así su intención.⁷⁷

73 — «Al constituer la determinación de la duración de una infracción una cuestión de hecho, no está sujeta, salvo en caso de desnaturalización de los elementos sometidos al Tribunal General, al control del Tribunal de Justicia en el procedimiento de casación. Así ocurre especialmente a la hora de aplicar los “conceptos de distanciamiento público y de continuidad de una práctica contraria a la competencia [...]”» (Bernardeau, L., y Christienne, J.-Ph.: *Les amendes en droit de la concurrence — Pratique décisionnelle et contrôle juridictionnel du droit de l'Union*, Larcier, coll. Europe(s), 2013, n° II.1314).

74 — Sentencia Quinn Barlo y otros/Comisión (C-70/12 P, EU:C:2013:351), apartado 28.

75 — C-634/13 P, EU:C:2015:208, apartado 56.

76 — Véase, en este sentido, la sentencia Comap/Comisión (C-290/11 P, EU:C:2012:271), apartado 76.

77 — Véase, en este sentido, la sentencia Archer Daniels Midland/Comisión (C-510/06 P, EU:C:2009:166), apartado 120.

133. En ese marco, el Tribunal General examinó los elementos probatorios presentados por Toshiba a su apreciación en este sentido y, más especialmente, el acta de la reunión de Viena, la nota interna de Fuji sobre dicha reunión y la nota explicativa de Fuji sobre dicha reunión, anexa a su declaración con arreglo al régimen de clemencia.⁷⁸

134. Pues bien, Toshiba no ha puesto en entredicho la apreciación del Tribunal General sobre esta cuestión,⁷⁹ a excepción de los apartados 209 y 211 de la sentencia recurrida, y ello, en el marco de la primera parte del tercer motivo. Sobre este particular, he llegado a la conclusión de que el examen de los datos y documentos sobre los que se ha basado el Tribunal General no demuestra una desnaturalización manifiesta de los elementos de hecho contenidos en los mismos, ni tampoco lleva a deducir que exista una contradicción en su razonamiento.

135. Estos documentos demuestran, al contrario, que existían dudas en cuanto a la futura participación de Toshiba en las siguientes reuniones y que, mientras se tomaba esta decisión, el Gentlemen's Agreement fue confirmado.

136. Por consiguiente, al ir dirigida a cuestionar la apreciación que de los hechos y de las pruebas ha realizado el Tribunal General y, al no existir una desnaturalización de tales elementos probatorios, la segunda parte del tercer motivo es inadmisibile.

137. Por lo que se refiere a la tercera parte del tercer motivo, estimo que el Tribunal General no ha cometido ningún error de Derecho al declarar inoperantes las alegaciones de Toshiba relativas a la interpretación realizada por la Comisión acerca del papel desempeñado por el Sr. R. en la reunión de Zúrich y a la falta de carácter contrario a la competencia de la reunión de Zúrich.

138. Consideró, con razón, que, aun suponiendo que tales alegaciones estén fundamentadas, no pueden desvirtuar la constatación de la Comisión de que Toshiba participó en el Gentlemen's Agreement hasta el 15 de mayo de 2003. En efecto, si el Tribunal General concluyó, en el apartado 220 de la sentencia recurrida, que «incluso en la hipótesis de que la demandante no hubiera participado en la reunión de Zúrich y de que dicha reunión no hubiese tenido un objeto contrario a la competencia, proced[ía] considerar que, en ausencia de distanciamiento público del mismo, la recurrente ha[bía] participado en el Gentlemen's Agreement hasta dicha reunión», lo hizo basándose en los argumentos de los apartados 205 a 214 de la sentencia. Pues bien, no sólo el apartado 220 no es objeto del recurso de casación sino que, como se ha visto anteriormente, los apartados 205 a 214 no indican que exista ninguna desnaturalización de los hechos o de las pruebas analizados por el Tribunal General.

139. Por último, el Tribunal General ha considerado, con igual acierto, en el apartado 221 de la sentencia recurrida, que Toshiba no podía invocar con éxito que su participación en el Gentlemen's Agreement hubiera finalizado al crearse la empresa común TM T&D el 1 de octubre de 2002. En tal fecha, no se había distanciado públicamente del cártel controvertido en el sentido que lo entiende la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, siendo lo determinante, a estos efectos, la comprensión que los otros participantes en una práctica colusoria tienen de la intención de la empresa implicada.⁸⁰ En efecto, al término de la reunión de Viena, antes del 1 de octubre de 2002, la presencia de Toshiba y/o de TM T&D no era aún segura para los demás participantes. Al contrario, estos últimos confirmaron, por una parte, el Gentlemen's Agreement y las normas de comunicación de los proyectos derivadas del mismo y, por otra parte, estimaron que no iba a tener ningún interés mantener el Gentlemen's Agreement sin la participación de Toshiba.

140. Por consiguiente, el tercer motivo es parcialmente inadmisibile y parcialmente infundado.

78 — Véase el apartado 207 de la sentencia recurrida.

79 — Es decir, los apartados 208 a 214 de la sentencia recurrida.

80 — Véase, en este sentido, la sentencia Archer Daniels Midland/Comisión (C-510/06 P, EU:C:2009:166), apartado 120.

D. Sobre el cuarto motivo, basado en la existencia de errores de Derecho en la fijación del importe de la multa

141. En su cuarto motivo, Toshiba reprocha al Tribunal General haber aplicado equivocadamente el punto 18 de las Directrices de 2006, en la medida en que dio por buena la utilización por parte de la Comisión de las cuotas de mercado a escala mundial de los participantes en el cártel con el fin de calcular valores ficticios de ventas en el EEE.

142. De acuerdo con el citado punto de las Directrices de 2006, cuando la dimensión geográfica de una infracción sobrepasa el territorio del EEE, para reflejar al mismo tiempo el volumen agregado de las ventas correspondientes en el EEE y el peso relativo de cada empresa en la infracción, la Comisión podrá calcular el valor total de las ventas de bienes o servicios en relación con la infracción en el sector geográfico (más extenso que el EEE) en cuestión, determinar la parte de las ventas de cada empresa que participa en la infracción en este mercado y aplicar esta parte a las ventas agregadas de dichas empresas dentro del EEE.

143. Por lo que sé y, a excepción de la sentencia ICF/Comisión (C-467/13 P, EU:C:2014:2274),⁸¹ esta disposición de las Directrices aún no ha sido objeto de una interpretación por parte del Tribunal de Justicia.

144. No obstante, al constituir el punto 18 de las Directrices de 2006 una excepción a la norma de principio enunciada en el punto 13 de las mismas Directrices, las indicaciones relativas a este último y el contexto en el que se inscribe pueden ayudarnos a definir el alcance del punto 18.

145. A este respecto, puede ser útil recordar que las Directrices de 2006 se adoptaron con el fin de garantizar la transparencia y la objetividad de sus decisiones adoptadas por la Comisión con arreglo al artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento n° 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] del Tratado.⁸²

146. Pues bien, este artículo pretende en particular garantizar que la multa tenga un carácter suficientemente disuasorio, lo que justifica que se tome en consideración el poder económico de la empresa de que se trate.⁸³

147. El Tribunal de Justicia deduce de ello que el punto 13 de las Directrices de 2006 «tiene como finalidad que se tome como base para el cálculo de la multa que vaya a imponerse a una empresa un importe que refleje la importancia económica de la infracción y el peso relativo de esa empresa en dicha infracción».⁸⁴

148. De esta manera, el Tribunal de Justicia estima que sería contrario al objetivo perseguido en el punto 13 de las Directrices de 2006 entender que el concepto de «valor de las ventas» que utiliza «sólo se refiere al volumen de negocios realizado con las ventas respecto a las cuales se haya probado que han quedado realmente afectadas por [el] cártel [en cuestión]».⁸⁵

81 — No obstante, la cuestión tratada en dicha sentencia difiere de la que nos ocupa, al referirse al concepto de «valor total de las ventas de bienes o servicios en relación con la infracción» mencionado en el punto 18 de las Directrices de 2006, y no al de «sector geográfico (más extenso que el EEE) en cuestión» de que se trata en el presente asunto.

82 — DO L 1, p. 1. Véase el punto 3 de las Directrices de 2006.

83 — Véase, en este sentido, la sentencia Dole Food y Dole Fresh Fruit Europe/Comisión (C-286/13 P, EU:C:2015:184), apartado 142.

84 — *Ibidem* (apartado 148).

85 — Véase la sentencia Guardian Industries y Guardian Europe/Comisión (C-580/12 P, EU:C:2014:2363), apartado 57.

149. Al establecer una excepción a la delimitación del sector geográfico a que se refiere el punto 13 de las Directrices de 2006 para extenderlo más allá del EEE, el punto 18 de las citadas Directrices persigue el mismo objetivo: reflejar lo mejor posible el peso de la empresa en la infracción.

150. Pues bien, tal objetivo viene justificado por el artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento n° 1/2003, que pretende garantizar que la multa tenga un carácter suficientemente disuasorio, teniendo en cuenta el poder económico de la empresa de que se trate.

151. En estas circunstancias, una lectura literal del punto 18 de las Directrices de 2006, según la cual el «sector geográfico (más extenso que el EEE) en cuestión» se limita únicamente a los territorios contemplados por el acuerdo ilícito, no tendría necesariamente en cuenta el poder económico de la empresa de que se tratara y, por consiguiente, podría contravenir el objetivo de disuasión antes citado.

152. El caso de autos lo ilustra perfectamente. En efecto, de haberse tenido en cuenta únicamente las ventas en el EEE y en Japón, al menos un miembro japonés del cártel se habría librado de cualquier multa en razón de la falta de ventas en el mercado europeo.

153. Además, desde una perspectiva más general, la interpretación restrictiva del punto 18 de las Directrices de 2006 sostenida por Toshiba conduce, en el supuesto de un acuerdo de reparto de mercados, a recompensar el cumplimiento de dicho acuerdo. En efecto, al cumplir el acuerdo, la empresa no realiza ninguna venta en el territorio del socio, escapando, por lo tanto, *de facto y de iure*, de la multa.

154. Así pues, el Tribunal General tuvo razón y no incurrió en ningún error de Derecho al considerar, en el apartado 281 de la sentencia recurrida, que «al haber participado la demandante en un acuerdo de reparto del mercado dirigido a restringir el acceso de los fabricantes japoneses al EEE, la Comisión ha[bía] considerado con razón que no sería adecuado aplicar una metodología basada en sus ventas reales en el EEE» y al considerar él mismo, en el apartado 282 de la citada sentencia, que, «habida cuenta de la naturaleza de la infracción de que se trata[ba], una metodología que [tuviera] en cuenta las participaciones en el mercado mundial [era] idónea para reflejar el peso de la infracción».

155. Además, aun cuando el Tribunal de Justicia suele entender las Directrices como una norma de conducta de la que la Comisión no puede desviarse so pena de ser sancionada por violar los principios generales del Derecho, tales como la igualdad de trato y la protección de la confianza legítima,⁸⁶ no es menos cierto que el Tribunal de Justicia ha precisado que tales Directrices seguían siendo para la Comisión una regla de conducta *indicativa* de la práctica que debe seguirse y de la cual podía apartarse, en un determinado caso, siempre que dé razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato.⁸⁷

156. Precisamente, esta posibilidad está expresamente prevista en el punto 37 de las Directrices de 2006, según el cual «las características específicas de un determinado asunto o la necesidad de alcanzar un nivel disuasorio en un caso particular podrán justificar que la Comisión se aparte de esta metodología» general expuesta en las Directrices para la fijación de las multas.

86 — Véase, en este sentido, la sentencia Archer Daniels Midland/Comisión (C-510/06 P, EU:C:2009:166), apartado 60.

87 — Véase, en este sentido, la sentencia Quinn Barlo y otros/Comisión (C-70/12 P, EU:C:2013:351), apartado 53.

157. Pues bien, se impone señalar que la Comisión no ha dejado de explicar en su Decisión porqué estaba justificado atender a las ventas mundiales más que a las ventas efectuadas en los territorios afectados por la infracción, Por una parte, «se debe al hecho de que las ventas de las empresas dentro del EEE y en Japón no reflejan de forma adecuada el peso de cada una de las empresas en la infracción»⁸⁸ y, por otra parte, si «sólo tuvieran que tenerse en cuenta las ventas de transformadores de potencia en el EEE y en Japón, la multa que se impondría a Fuji sería cero».⁸⁹

158. Por otra parte, la Comisión se ha cuidado de fundamentar su Decisión en el punto 37 de las Directrices de 2006, aclarando que «cualquier otro método de cálculo del importe de base de la multa [distinto del utilizado en este caso] conduciría a un resultado arbitrario y desequilibrado, *sin efecto disuasorio*».⁹⁰

159. En consecuencia, el cuarto motivo es asimismo infundado.

VI. Costas

160. Según el artículo 138, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, aplicable al procedimiento de casación, con arreglo al artículo 184, apartado 1, del mismo Reglamento, la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haber solicitado la Comisión la condena en costas de Toshiba y al no haber prosperado los motivos de esta última, procede condenarla en costas.

VII. Conclusión

161. A la luz de las consideraciones que anteceden, propongo al Tribunal de Justicia que resuelva de la siguiente manera:

- Desestime el recurso de casación.
- Condene en costas a Toshiba Corp.

88 — Apartado 229 de la Decisión controvertida.

89 — Apartado 235 de la Decisión controvertida.

90 — *Ibidem* (apartado 236). El subrayado es mío.