

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Cuarta)

de 27 de septiembre de 2006 \*

En los asuntos acumulados T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP,

**Dresdner Bank AG**, con domicilio social en Fráncfort del Meno (Alemania), representado por los Sres. M. Hirsch y W. Bosch, abogados;

**Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG**, anteriormente denominado Vereins- und Westbank AG, con domicilio social en Múnich (Alemania), representado inicialmente por los Sres. J. Schulte, M. Ewen y A. Neus, y posteriormente por los Sres. W. Knapp, T. Müller-Ibold y C. Feddersen, abogados;

**Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG**, con domicilio social en Múnich, representado inicialmente por los Sres. W. Knapp, T. Müller-Ibold y B. Bergmann, y posteriormente por los Sres. Knapp, Müller-Ibold, y C. Feddersen, abogados;

**DVB Bank AG**, anteriormente denominado Deutsche Verkehrsbank AG, con domicilio social en Fráncfort del Meno, representado por los Sres. M. Klusmann y F. Wiemer, abogados;

\* Lengua de procedimiento: alemán.

**Commerzbank AG**, con domicilio social en Fráncfort del Meno, representado por los Sres. H. Satzky y B. Maassen, abogados;

partes demandantes,

contra

**Comisión de las Comunidades Europeas**, representada por los Sres. T. Christoforou, A. Nijenhuis y M. Schneider, en calidad de agentes;

parte demandada,

que tiene por objeto la oposición formulada por la Comisión contra las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 14 de octubre de 2004, dictadas en los asuntos Dresdner Bank/Comisión (T-44/02, no publicada en la Recopilación), Vereins- und Westbank (T-54/02, no publicada en la Recopilación), Bayerische Hypo- und Vereinsbank/Comisión (T-56/02, Rec. p. II-3495), Deutsche Verkehrsbank/Comisión (T-60/02, no publicada en la Recopilación), y Commerzbank/Comisión (T-61/02, no publicada en la Recopilación), dictadas en rebeldía,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA  
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. H. Legal, Presidente, y la Sra. P. Lindh y el Sr. V. Vadapalas, Jueces;

Secretaria: Sra. K. Andová, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 31 de mayo de 2006;

dicta la siguiente

## Sentencia

### Antecedentes del litigio

- 1 La norma objeto del presente asunto es la Decisión 2003/25/CE de la Comisión, de 11 de diciembre de 2001, en un procedimiento con arreglo al artículo [81 CE] [Asunto COMP/E-1/37.919 (ex. 37.391) — Comisiones bancarias de cambio de monedas de la zona del euro — Alemania] (DO 2003, L 15, p. 1; en lo sucesivo, «Decisión impugnada»).
- 2 Entre los servicios de canje de divisas, debe distinguirse, por una parte, la conversión de moneda escritural y, por otra, el cambio de monedas y billetes o «cambio de efectivo». Este último tipo de servicio, que es el único pertinente a efectos del presente recurso, puede a su vez subdividirse en dos categorías: por una parte, los servicios de cambio de efectivo al por mayor, que permiten a los bancos canjear grandes cantidades de billetes (en lo sucesivo, «servicios interbancarios de cambio de efectivo») y, por otra, los servicios de cambio de efectivo al por menor, destinados a los particulares y referidos a pequeñas cantidades de billetes.
- 3 Antes de la introducción del euro, la retribución de los servicios de cambio de efectivo generalmente no daba lugar, en Alemania, al cobro de una comisión diferenciada: el precio de dichos servicios estaba incluido en los tipos a los que las entidades financieras y las oficinas de cambio compraban y vendían las divisas a sus clientes. El tipo de compra era más bajo que el tipo de referencia del mercado, y el tipo de venta era más alto (considerando 38 de la Decisión impugnada). En lo sucesivo, se denomina esta diferencia respecto al tipo de referencia del mercado «diferencial».

- 4 A comienzos de 1999, la Comisión entabló un procedimiento de investigación contra unos 150 bancos, entre los que se encontraban los demandantes, establecidos en siete Estados miembros, a saber, Bélgica, Alemania, Irlanda, Países Bajos, Austria, Portugal y Finlandia. La Comisión sospechaba que dichos bancos habían llegado a un acuerdo para, durante el período transitorio comprendido entre el 1 de enero de 1999, fecha de la introducción del euro como moneda única, y el 1 de enero de 2002, fecha de la puesta en circulación de la moneda fiduciaria denominada en euros (en lo sucesivo, «período transitorio»), fijar los precios de los servicios de cambio de efectivo respecto a las monedas de determinados Estados miembros participantes en la zona del euro. Aunque inicialmente se le asignó a esta investigación un solo número de expediente, la Comisión prosiguió su investigación incoando procedimientos separados sobre la existencia de prácticas colusorias en cada uno de los Estados miembros afectados.
  
- 5 A partir del 8 de febrero de 1999, la Comisión solicitó información a tres asociaciones bancarias alemanas, con arreglo al artículo 11 del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [81] y [82] del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), principalmente en relación con la retribución de los servicios de cambio de efectivo.
  
- 6 Los días 16 y 17 de febrero de 1999, la Comisión realizó inspecciones en los domicilios sociales en Fráncfort del Meno del Dresdner Bank y del Deutsche Bank.
  
- 7 El 19 de octubre de 1999, la Comisión envió un cuestionario a unos 240 bancos de la zona del euro, requiriéndoles, con arreglo al artículo 11 del Reglamento nº 17, para que facilitasen información sobre las comisiones de cambio aplicadas antes y después de la introducción del euro. Dicho cuestionario se envió a 42 bancos alemanes, entre los que figuran los destinatarios de la Decisión impugnada (considerandos 22 a 24 de la Decisión impugnada).
  
- 8 Los días 20 y 21 de octubre de 1999, la Comisión realizó una inspección en los Países Bajos, en el domicilio social de GWK Bank (en lo sucesivo, «GWK») (considerando 21 de la Decisión impugnada).

9 Mediante escritos de 3 y 10 de agosto de 2000, la Comisión remitió un pliego de cargos a cada uno de los siguientes bancos:

- Commerzbank;
- Deutsche Verkehrsbank (DVB);
- Bayerische Hypo- und Vereinsbank (HVB);
- Reisebank;
- Dresdner Bank;
- Vereins- und Westbank (VUW);
- Bayerische Landesbank Girozentrale;
- SEB Bank (anteriormente denominado BfG);
- Hamburgische Landesbank Girozentrale;
- Westdeutsche Landesbank Girozentrale (West LB);
- Landesbank Hessen Thüringen Girozentrale;
- GWK y sus sociedades matrices Fortis NV, Fortis Services Nederland NV y Fortis Bank Nederland NV.

- 10 En la audiencia celebrada los días 1 y 2 de febrero de 2001, el consejero-auditor oyó a los destinatarios del pliego de cargos.
- 11 El 11 de diciembre de 2001, la Comisión adoptó la Decisión impugnada.
- 12 Según la Decisión impugnada (segundo considerando), los bancos participantes en la reunión del 15 de octubre de 1997 en la sede del DVB en Fráncfort del Meno (en lo sucesivo, «reunión del 15 de octubre de 1997») acordaron cobrar una comisión en torno al 3 % por la compra y venta de billetes de la zona del euro durante el período transitorio.
- 13 La reunión tuvo lugar a iniciativa del GWK. La Decisión impugnada señala en este sentido que este banco exhortó a Reisebank, en una reunión celebrada el 29 de abril de 1997, a entablar conversiones con otros bancos alemanes con el objetivo principal de asegurarse que el Deutsche Bundesbank, banco central de Alemania, no brindaría un servicio gratuito de cambio de efectivo a los consumidores (considerandos 60 y 63 a 68 de la Decisión impugnada).
- 14 Las pruebas documentales de la infracción se encuentran, según la Decisión impugnada (considerando 62), en los informes de las reuniones y en las notas de las conversaciones telefónicas que fueron encontrados durante la inspección en los locales de GWK, en especial en los informes de la reunión de 15 de octubre de 1997 redactados por un empleado del GWK (en lo sucesivo, «informe GWK») y por un empleado del Commerzbank (en lo sucesivo, «informe Commerzbank»), respectivamente.

- 15 En la Decisión impugnada, la Comisión señaló, en primer lugar, que los participantes habían decidido informar al Deutsche Bundesbank de que iban a realizar, a partir del 1 de enero de 1999, «el cambio de monedas de la zona del euro a los tipos de cambio fijos y que cargarían una comisión explícitamente indicada» (considerando 88 de la Decisión impugnada).
- 16 A continuación, la Comisión señaló (considerando 89 de la Decisión impugnada) que los participantes en la reunión de 15 de octubre de 1997, al no conseguir llegar a un acuerdo para aplicar el mismo sistema de tarifas, «se fijaron un objetivo común de sustituir los diferenciales por una comisión de un porcentaje determinado para recuperar el 90 % de los ingresos procedentes del margen de cambio. Esto arrojaría una comisión total de aproximadamente el 3 %». De esta forma, sobre la base del informe Commerzbank, la Comisión afirma «que había consenso en cuanto al uso de tipos de cambio fijos para monedas de la zona euro (es decir, sin tipos de cambio de compra y de venta), con una tasa en forma de comisión expresada en porcentaje» (considerando 95 de la Decisión impugnada).
- 17 Por último, la Comisión consideró que tanto el informe GWK como el informe Commerzbank reflejaban la existencia de un acuerdo sobre el precio de los servicios de cambio de efectivo, expresado en forma de una comisión porcentual sobre el importe canjeado. Señaló que el informe Commerzbank no mencionaba el importe de dicha comisión, a diferencia del informe GWK, que hacía referencia a un importe de alrededor del 3 %. No obstante, la Comisión tuvo en consideración el hecho de que, durante la audiencia de los días 1 y 2 de febrero de 2001, el Bayerische Landesbank Girozentrale manifestó que su representante en la reunión del 15 de octubre de 1997 había recordado que «los representantes de determinados bancos [habían] mencionado unas cifras que oscilaban entre el 2 % y el 4 %», aunque no recordara que se hubiese mencionado un importe del 3 % (considerando 96 de la Decisión impugnada).
- 18 Basándose en estos elementos, la Comisión consideró que «los bancos que participaron en la reunión del 15 de octubre de 1997 [habían acordado] introducir

una comisión global de alrededor del 3 % (para recuperar el 90 % de sus ingresos) a partir del 1 de enero de 1999» y que este acuerdo «tenía por objeto y efecto restringir la competencia en la Comunidad» (considerandos 120 y 128 de la Decisión impugnada). Este acuerdo se celebró para ser aplicado durante el período transitorio (considerando 173 de la Decisión impugnada).

- 19 Según el artículo 1 de la Decisión impugnada, el Commerzbank, el Dresdner Bank, el HVB, el DVB y el VUW infringieron el artículo 81 CE «al participar en un acuerdo cuyo objeto era: a) determinar la forma de cobrar el cambio de billetes de banco de la zona del euro (es decir, establecer una comisión porcentual), y b) fijar el nivel del precio recomendado en torno al 3 % (para recuperar el 90 % de los ingresos del margen de cambio) durante el período transitorio».
- 20 Al considerar que se trataba de una infracción grave de unos cuatro años de duración, la Comisión impuso las siguientes multas (artículo 3 de la Decisión impugnada):

Commerzbank	28.000.000 euros
Dresdner Bank	28.000.000 euros
HVB	28.000.000 euros
DVB	14.000.000 euros
VUW	2.800.000 euros

## Procedimiento

- 21 Mediante diferentes escritos presentados en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia entre el 26 de febrero y el 1 de marzo de 2002, el Dresdner Bank, el VUW, el HVB, el DVB y el Commerzbank interpusieron cada uno de ellos un recurso contra la Decisión impugnada (asuntos T-44/02, T-54/02, T-56/02, T-60/02 y T-61/02).

- 22 Tras recibir la notificación de dichas demandas la Comisión no presentó ningún escrito de contestación dentro del plazo que le había sido concedido. Mediante escritos presentados en la Secretaría entre el 25 de junio y el 2 de julio de 2002, las demandantes solicitaron al Tribunal de Primera Instancia que dictase sentencia estimatoria en rebeldía, de conformidad con el artículo 122, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia.
- 23 Mediante sentencias dictadas en rebeldía el 14 de octubre de 2004, el Tribunal de Primera Instancia anuló la Decisión impugnada (en lo sucesivo, «sentencias en rebeldía»), en la medida en que se refería a cada una de las demandantes, respectivamente. Sobre la base de las demandas, el Tribunal de Primera Instancia consideró que la Comisión no había probado, de manera suficiente con arreglo a Derecho, la existencia del acuerdo alegado, en relación tanto con la fijación de los precios de los servicios de cambio de efectivo como de la forma de cobrarlos. El Tribunal de Primera Instancia consideró fundados los motivos relativos a la inexactitud de las apreciaciones de hechos a falta de carácter probatorio de los indicios considerados pruebas de cargo contra las demandantes, sin proceder a examinar los demás motivos del recurso.
- 24 Mediante escritos presentados en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia entre el 27 de noviembre y el 4 de diciembre de 2004, la Comisión formuló oposición contra las sentencias en rebeldía, de conformidad con el artículo 122, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento.
- 25 El 14 de enero de 2005, el VUW se fusionó con el HVB, el cual, de este modo, se subrogó en los derechos del VUW en el asunto T-54/02 OP.
- 26 Mediante escritos presentados en la Secretaría del Tribunal de Primera Instancia entre el 11 y el 21 de febrero de 2005, los demandantes presentaron sus observaciones sobre la oposición, de conformidad con el artículo 122, apartado 5, del Reglamento de Procedimiento.

- 27 Mediante auto de 12 de julio de 2005 se acordó, oídas las partes, la acumulación de los asuntos T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP y T-61/02 OP a efectos de la fase oral y de la sentencia, de conformidad con el artículo 50 del Reglamento de Procedimiento.
- 28 Visto el informe del Juez Ponente, el Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta) decidió iniciar la fase oral y, como medidas de ordenación del procedimiento, instó a las partes a que respondieran a determinadas preguntas. Las partes se atuvieron a tales requerimientos.
- 29 En la vista celebrada el 31 de mayo se oyeron los informes orales de las partes, así como sus respuestas a las preguntas formuladas por el Tribunal de Primera Instancia.

### **Pretensiones de las partes**

- 30 En todos los asuntos, la Comisión solicita al Tribunal de Primera Instancia que:
- Anule las sentencias en rebeldía.
  - Desestime los recursos en su integridad.
  - Condene en costas a los demandantes, incluidas las relativas al procedimiento de oposición.

31 En el asunto T-44/02 OP, el Dresdner Bank solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Desestime la oposición y mantenga la sentencia en rebeldía.
  
- Condene en costas a la Comisión, incluidas las relativas al procedimiento de oposición.

32 En los asuntos T-54/02 OP y T-56/02 OP, el HVB solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Confirme las sentencias en rebeldía.
  
- Desestime las oposiciones.
  
- Condene en costas a la Comisión, incluidas las relativas a los procedimientos de oposición.

33 En el asunto T-60/02 OP, tras precisar el sentido de sus escritos en el acto de la vista, el DVB solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Declare la inadmisibilidad parcial de la oposición.

- Desestime la oposición por infundada.
  
- Condene en costas a la Comisión, incluidas las relativas al procedimiento de oposición.

<sup>34</sup> En el asunto T-61/02 OP, el Commerzbank solicita al Tribunal de Primera Instancia que:

- Desestime la oposición.
  
- Condene en costas a la Comisión.

## **Fundamentos de Derecho**

### *I. Sobre el procedimiento de oposición*

<sup>35</sup> En apoyo de sus pretensiones de anulación de las sentencias en rebeldía, la Comisión ha formulado varias imputaciones contra las circunstancias en las que el Tribunal de Primera Instancia ejerció su control, en particular, en relación con los requisitos en materia de práctica de la prueba.

<sup>36</sup> En los asuntos T-54/02 OP y T-56/02 OP, el HVB objeta que la Comisión se equivoca sobre la naturaleza del procedimiento de oposición, ya que el objeto de éste no consiste en corregir errores de Derecho que afecten a la sentencia en rebeldía.

- 37 La Comisión, después de haber precisado el alcance de sus escritos durante la vista, solicitó que se interpretaran sus pretensiones de anulación de las sentencias en rebeldía en el sentido de que el Tribunal de Primera Instancia reconsiderara dichas sentencias a la luz de los escritos de oposición. Oídas las partes demandantes, el Tribunal de Primera Instancia tuvo por formulada dicha aclaración.
- 38 Habiendo precisado de este modo la Comisión el sentido de sus pretensiones, el Tribunal de Primera Instancia considera que ya no es necesario pronunciarse sobre las objeciones del HVB relativas al objeto del procedimiento de oposición.
- 39 Por otra parte, el DVB y el Commerzbank sostienen que procede declarar la inadmisibilidad parcial de la oposición. Alegan que la Comisión ha pretendido ampliar el objeto del litigio respondiendo a unos motivos que no son aquellos sobre los que se pronunció el Tribunal de Primera Instancia en las sentencias en rebeldía. Consideran que la oposición debe limitarse a refutar los motivos analizados en las sentencias en rebeldía.
- 40 El DVB y el Commerzbank alegan, por una parte, que todo motivo del litigante rebelde que no respete este límite es extemporáneo y, por consiguiente, inadmisibile en virtud del artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento.
- 41 Por otra parte, consideran que el objetivo de los procedimientos en rebeldía y de oposición es sancionar al litigante rebelde y no conferirle una «segunda oportunidad». A este respecto, el DVB precisa que, en el supuesto de que el Tribunal decidiera anular la sentencia en rebeldía, debería examinar los demás motivos del recurso sin tomar en consideración las alegaciones del litigante rebelde relativas a estos otros motivos. Cualquier otra solución supondría deparar un trato de favor a este litigante, dándole un tiempo considerable para preparar su defensa después de tener conocimiento de la posición del Tribunal de Primera Instancia.

- 42 En la vista la Comisión rebatió esta interpretación.
- 43 El Tribunal de Primera Instancia señala que el objetivo del procedimiento de oposición previsto en el artículo 122, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento es permitir al órgano jurisdiccional proceder a un nuevo examen del asunto sobre una base contradictoria, sin quedar vinculado por la solución de la sentencia en rebeldía. A falta de toda disposición del Reglamento de Procedimiento que establezca lo contrario, el oponente puede, en principio, formular libremente su argumentación, sin limitarse a refutar los motivos de la sentencia en rebeldía.
- 44 Habida cuenta de la finalidad del procedimiento de oposición, la prohibición de invocar nuevos motivos en el curso del proceso, establecida en el artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, no puede interpretarse, contrariamente a lo que afirman el DVB y el Commerzbank, en el sentido de que prohíbe al oponente invocar motivos que ya habría podido invocar en su defensa en el procedimiento anterior. Como ha señalado acertadamente la Comisión, tal interpretación del artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento carecería de sentido, ya que podría llevar a un estancamiento procesal en el supuesto de que la oposición fuera fundada: aunque el Tribunal de Primera Instancia comprobara que no puede confirmar la solución que figura en la sentencia en rebeldía según la cual uno de sus motivos es fundado, no podría pronunciarse sobre los demás motivos del recurso, ateniéndose al principio de contradicción.
- 45 Por consiguiente, procede admitir la oposición.

## II. *Exposición sumaria de los motivos de los recursos*

- 46 Con carácter principal los demandantes arguyen que no se infringió el artículo 81 CE. Niegan que exista un acuerdo de fijación de la cuantía y de la

estructura de las comisiones de cambio de efectivo, alegando diversos errores e inexactitudes materiales que afectan a la apreciación de los hechos efectuada por la Comisión y, en particular, que exista un acuerdo de voluntades sobre tales extremos.

- 47 A renglón seguido, sostienen los demandantes que no se cumplen los requisitos de aplicación del artículo 81 CE en la medida en que el supuesto acuerdo carece, a su juicio, de efecto contrario a la libre competencia ni puede afectar al comercio entre Estados miembros.
- 48 Los demandantes censuran igualmente el desarrollo del procedimiento administrativo. Alegan a este respecto diversas vulneraciones del derecho de defensa, en particular, el derecho a ser oído. Estiman que en la tramitación del expediente la Comisión buscó exclusivamente su inculpación, violando el principio de respeto de la presunción de inocencia.
- 49 En los asuntos T-54/02 OP, T-56/02 OP y T-60/02 OP, el HVB y el DVB sostienen que la Comisión cometió una desviación de poder.
- 50 En el asunto T-56/02 OP, el HVB censura las condiciones en las que la Comisión le imputó la responsabilidad por el comportamiento del VUW.
- 51 Los demandantes critican la decisión de la Comisión de dar por terminadas las diligencias contra algunos destinatarios del pliego de cargos –en particular, el instigador de la reunión de 15 de octubre de 1997– a cambio de su compromiso de bajar sus precios. Algunas demandantes expresan dudas en cuanto a la competencia de la Comisión para adoptar tales decisiones, alegan que la Comisión actuó de una manera opaca, arbitraria y discriminatoria.

- 52 Por último, con carácter subsidiario, los demandantes solicitan la anulación de las multas o la reducción de su importe invocando diversas infracciones de las líneas Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17 y del artículo 65, apartado 5, del Tratado CECA (DO 1998, C 9, p. 3), así como violación del principio de proporcionalidad.

### III. Sobre la existencia de un acuerdo contrario a la libre competencia

#### A. Observaciones preliminares

- 53 Según reiterada jurisprudencia, para que exista acuerdo a efectos del artículo 81 CE, apartado 1, basta con que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1991, Hercules Chemicals/Comisión, T-7/89, Rec. p. II-1711, apartado 256, y de 26 de octubre de 2000, Bayer/Comisión, T-41/96, Rec. p. II-3383, apartado 67; véanse asimismo, en este sentido, las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión, 41/69, Rec. p. 661, apartado 112, y de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck y otros/Comisión, 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125, apartado 86).
- 54 Por lo que respecta a la forma de expresión de dicha voluntad común, basta con que una estipulación sea la expresión de la voluntad de las partes de comportarse en el mercado de conformidad con sus términos (sentencia Bayer/Comisión, antes citada, apartado 68; véanse asimismo, en este sentido, las sentencias ACF Chemiefarma/Comisión, antes citada, apartado 112, y Van Landewyck y otros/Comisión, antes citada, apartado 86).
- 55 El concepto de acuerdo en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, tal como ha sido interpretado por la jurisprudencia, se basa en la existencia de una concordancia de voluntades entre por lo menos dos partes, cuya forma de manifestación carece de importancia siempre y cuando constituya la fiel expresión de tales voluntades (sentencia Bayer/Comisión, antes citada, apartado 69).

- 56 En el presente asunto, debe examinarse si las demandantes logran desvirtuar la declaración de la Comisión de que existe una concordancia de voluntades entre los participantes en la reunión de 15 de octubre de 1997 sobre la fijación del importe de las comisiones de cambio de efectivo y la forma de cobrarlas.

### *B. Sobre la práctica de la prueba y el alcance del control judicial*

- 57 Los demandantes sostienen que en la reunión de 15 de octubre de 1997 no se alcanzó ningún acuerdo sobre el nivel y la estructura de las comisiones de cambio. Consideran que la Comisión no ha aportado la prueba de los hechos sobre cuya base ha inferido la existencia de una infracción.

- 58 La Comisión sostiene que para interpretar una decisión de aplicación del artículo 81 CE el Tribunal de Primera Instancia debe tener en cuenta sus términos pero igualmente su contexto y sus objetivos, conforme al principio de efectividad (sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1984, St. Nikolaus Brennerer, 337/82, Rec. p. 1051, apartado 10; de 30 de julio de 1996, Bosphorus, C-84/95, Rec. p. I-3953, apartado 11, y de 18 de noviembre de 1999, Pharos/Comisión, C-151/98 P, Rec. p. I-8157, apartado 19). Dicha necesidad es aún más importante si se considera que las prácticas colusorias prohibidas por el artículo 81 CE revisten a menudo un carácter clandestino, por lo que su existencia sólo puede inferirse de múltiples indicios considerados conjuntamente (sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartado 55, y conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabo-Colomer presentadas en el asunto en que recayó la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de septiembre de 2003, Volkswagen/Comisión, C-338/00 P, Rec. pp. I-9189 y ss., especialmente p. I-9193). Considera que, por lo tanto, el Tribunal de Primera Instancia no puede incluso exigir que las pruebas documentales examinadas en la Decisión impugnada constituyan la «prueba irrefutable» de una infracción. A su juicio, la jurisprudencia sólo exige la presentación de pruebas suficientes (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, Enso-Gutzeit/Comisión, T-337/94, Rec. p. II-1571, apartados 94 y 153). Sostiene que debe excluirse todo error manifiesto si la apreciación de los hechos realizada por la Comisión es más verosímil que la propuesta por los demandantes.

- 59 El Tribunal de Primera Instancia recuerda, en lo que respecta a la práctica de la prueba de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, que incumbe a la Comisión probar las infracciones que declare y determinar los elementos probatorios aptos para demostrar de modo suficiente en Derecho la existencia de hechos constitutivos de una infracción (sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe/Comisión*, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, apartado 58, y de 8 de julio de 1999, *Comisión/Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, Rec. p. I-4125, apartado 86).
- 60 La existencia de una duda en el ánimo del juez debe favorecer a la empresa destinataria de la decisión mediante la que se declara una infracción. Por lo tanto, el juez no puede decidir que la Comisión ha acreditado la existencia de la infracción de que se trate de modo suficiente en Derecho si sigue albergando dudas sobre esta cuestión, en particular cuando conoce de un recurso de anulación de una decisión mediante la que se impone una multa.
- 61 En efecto, en esta última situación, es necesario tener en cuenta el principio de la presunción de inocencia, tal como se deriva, en particular, del artículo 6, apartado 2, del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos, que forma parte de los derechos fundamentales que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, confirmada, por otra parte, por el Preámbulo del Acta Única Europea y por el artículo 6 UE, apartado 2, constituyen principios generales del Derecho comunitario. Teniendo en cuenta la naturaleza de las infracciones controvertidas, así como la naturaleza y el grado de rigurosidad de las sanciones correspondientes, el principio de la presunción de inocencia se aplica, en particular, a los procedimientos relativos a violaciones de las normas de competencia aplicables a las empresas que puedan conducir a la imposición de multas o multas coercitivas (sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1999, *Hüls/Comisión*, C-199/92 P, Rec. p. I-4287, apartados 149 y 150, y *Montecatini/Comisión*, C-235/92 P, Rec. p. I-4539, apartados 175 y 176).
- 62 De este modo, es necesario que la Comisión se refiera a pruebas precisas y concordantes para demostrar la existencia de la infracción (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de julio de 2000, *Volkswagen/Comisión*, T-62/98, Rec. p. II-2707, apartado 43, y la jurisprudencia allí citada).

- 63 Sin embargo, debe señalarse que no todas las pruebas aportadas por la Comisión deben necesariamente responder a dichos criterios por lo que respecta a cada elemento de la infracción. Basta que la serie de indicios invocada por la institución, apreciada globalmente, responda a dicha exigencia (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de abril de 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, conocida como «PVC II», T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, Rec. p. II-931, apartados 768 a 778, concretamente, el apartado 777, confirmado en el aspecto pertinente por el Tribunal de Justicia, en sede de casación, en la sentencia de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375, apartados 513 a 523).
- 64 Habida cuenta del carácter notorio de la prohibición de los acuerdos contrarios a la libre competencia, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que justifiquen de manera explícita una toma de contacto entre los operadores afectados. En cualquier caso, los elementos fragmentarios y confusos de que pueda disponer la Comisión deberían poder completarse mediante deducciones que permitan la reconstitución de las circunstancias pertinentes.
- 65 Por consiguiente, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia puede inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia (sentencia *Aalborg Portland y otros/Comisión*, antes citada, apartados 55 a 57).
- 66 En cuanto a la naturaleza del control jurisdiccional, debe señalarse la distinción esencial que existe entre los datos y las comprobaciones fácticas, por una parte, cuya posible inexactitud puede ser señalada por el juez a la luz de las alegaciones que se formulan ante él y de los elementos probatorios que se le presentan, y las apreciaciones de orden económico, por otra (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de diciembre de 2005, *General Electric/Comisión*, T-210/01, Rec. p. II-5575, apartado 62).

67 Si bien el Tribunal de Primera Instancia no puede sustituir la apreciación de carácter económico de la Comisión por la suya propia, le corresponde no sólo verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos (sentencia del Tribunal de Justicia de 15 de febrero de 2005, Comisión/Tetra Laval, C-12/03 P, Rec. p. I-987, apartado 39).

### *C. Sobre el acuerdo relativo al importe de las comisiones de cambio*

#### 1. Alegaciones de las partes

68 Los demandantes niegan que se produjera una concertación sobre la cuantía de las comisiones de cambio de efectivo al por menor en la reunión de 15 de octubre de 1997 y discrepan sobre el valor probatorio de los elementos que la Comisión tuvo en cuenta a este respecto. Sostienen que el objeto de la reunión era disipar una cierta incertidumbre normativa y técnica relacionada con la transición al euro y que afectaba principalmente a los servicios interbancarios de cambio de efectivo. Consideran, además, que el acuerdo imaginado por la Comisión carece de sentido. A su juicio, sería absurdo que unos bancos que no representan más que una reducida parte del mercado pudieran pretender celebrar un acuerdo con el fin de establecer los precios de los servicios de cambio durante el período transitorio, más de un año antes del inicio de éste.

69 La Comisión considera que ha probado la existencia de un acuerdo horizontal de fijación de precios. Afirma que los bancos que participaron en la reunión de 15 de octubre de 1997 se pusieron de acuerdo para hacer pagar a sus clientes los servicios de cambio de efectivo a fin de evitar que algunos los prestaran a título gratuito. Puntualiza que, de este modo, llegaron a un acuerdo sobre el principio de la retribución de tales servicios, del que, a su juicio, se derivan los dos acuerdos a que se refiere la Decisión impugnada. Alega que el origen de la infracción se remonta a la

amenaza de que el Deutsche Bundesbank, el Deutsche Bank y otros bancos comerciales ofrecieran al público servicios de cambio de efectivo a título gratuito. Como reacción a esta amenaza el GWK intentó persuadir a los bancos alemanes de que no optaran por la gratuidad del cambio de efectivo y, a tal fin, se puso en contacto con el Reisebank (considerandos 58 a 97 y 108 a 111 de la Decisión impugnada).

- 70 En la vista la Comisión explicó que igualmente podía entenderse que la infracción era el resultado de la práctica colusoria de tres de los cuatro principales bancos universales alemanes con el fin de responder a la amenaza representada por la perspectiva de que su principal competidor, el Deutsche Bank, prestara gratuitamente los servicios de cambio de efectivo durante el período transitorio. A su juicio, habida cuenta del peso económico y de la preeminencia de estos cuatro bancos en el mercado alemán, un acuerdo entre el Dresdner Bank, el HVB y el Commerzbank sobre la exclusión de la gratuidad de los servicios de cambio de efectivo, en esta perspectiva, habría dado una señal a los demás operadores incitándoles a adoptar el mismo comportamiento en el mercado.
- 71 Sostuvo que, de este modo, los bancos llegaron a un acuerdo sobre el principio de la retribución de los servicios de cambio de efectivo del que, según señala, derivan los dos acuerdos a que se refiere la Decisión impugnada. Estima que, en efecto, una vez aceptado el principio de la retribución, los bancos estuvieron muy interesados en ponerse de acuerdo asimismo sobre el sistema de cobro y sobre el precio de tales servicios. Señala que los acuerdos sobre la forma de cobrar las comisiones de cambio de efectivo y la fijación de su importe persiguen un objeto contrario a la libre competencia. A su juicio, por lo tanto, el acuerdo de que se trata está incurso en la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, sin que sea necesario examinar sus efectos sobre la libre competencia.
- 72 Considera que, además de las pruebas documentales relativas a las conversaciones que se desarrollaron en la reunión de 15 de octubre de 1997, la existencia de dicho acuerdo se desprende del contexto general en el que se celebró dicha reunión. La Comisión indica, en particular, que debe reconocerse que las pruebas de los trabajos preparatorios de la reunión de 15 de octubre de 1997 tienen una gran importancia.

En relación con el contexto normativo, estima que la incertidumbre que podía existir se refería a algunas cuestiones técnicas derivadas de la introducción del euro. Alega que, no obstante, en modo alguno dicha incertidumbre podía justificar una práctica colusoria sobre el nivel de los precios.

- 73 Los demandantes objetan que esta tesis de un acuerdo sobre el principio de la retribución de los servicios de cambio no se expone en la Decisión impugnada, sino que la expuso por primera vez la Comisión en su escrito de oposición y que la concretó en el acto de la vista. Sostienen que la Comisión no puede modificar de este modo *a posteriori* la Decisión impugnada. El HVB (asuntos T-54/02 OP y T-56/02 OP) y el DVB (asunto T-60/02 OP) estiman que se trata de una alegación nueva y, por lo tanto, inadmisibile.

## 2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

a) Sobre la interpretación de la Decisión impugnada y sobre la existencia de una infracción relativa al otorgamiento de un acuerdo sobre el principio de exclusión de la gratuidad de los servicios de cambio de efectivo

- 74 Debe determinarse si, como alega la Comisión, la Decisión impugnada se refiere no sólo a un acuerdo relativo a la fijación del importe de las comisiones y a su forma de cobro, sino también a un segundo acuerdo, que subyace al primero, cuyo objeto sería la exclusión entre los participantes de la gratuidad de los servicios de cambio de efectivo durante el período transitorio.
- 75 Según el artículo 1 de la Decisión impugnada, la infracción declarada se refiere a la participación de los demandantes en un «acuerdo cuyo objeto era: a) determinar la forma de cobrar el cambio de billetes de banco de la zona euro (es decir, establecer una comisión porcentual), y b) fijar el nivel del precio recomendado en torno al 3 %

(para recuperar el 90 % de los ingresos del margen de cambio) durante el período transitorio que se iniciaba el 1 de enero de 1999». Por lo tanto, en modo alguno la parte dispositiva de la Decisión impugnada se refiere a un acuerdo sobre el principio de la retribución o, más concretamente, sobre el principio de la exclusión de la gratuidad de los servicios de cambio.

- 76 Del mismo modo, los motivos de la Decisión impugnada no revelan ningún análisis que permita llegar a la conclusión de que la Comisión consideró que constituía una infracción del artículo 81 CE un acuerdo que tuviera tal objeto. En sus escritos, la Comisión señaló, no obstante, que el carácter ilícito del acuerdo controvertido se derivaba del hecho de que los bancos que participaron en la reunión del 15 de octubre de 1997 habían llegado a un acuerdo para cobrar una comisión porcentual, como se desprende claramente del considerando 115 de la Decisión impugnada. Pues bien, dicho considerando es del siguiente tenor literal:

«No era lógico ni natural que cada banco transformara por su cuenta el diferencial en una comisión porcentual. De hecho, parece que Deutsche Bank consideró en un principio la posibilidad de establecer un servicio gratuito. En todo caso, no se trata de cuál es la estructura de comisiones más racional desde el punto de vista económico, sino de si se llegó a un acuerdo entre bancos sobre dicha estructura.»

- 77 Debe señalarse que estos motivos en modo alguno permiten considerar que se refieren a un acuerdo sobre el principio de la exclusión de la gratuidad. Por lo demás, en la vista la Comisión no ha podido indicar al Tribunal de Primera Instancia cuáles eran los posibles motivos de la Decisión impugnada que sustentaban la tesis de la existencia de tal acuerdo. Así, aun suponiendo que la Comisión hubiera querido implícitamente sostener en la Decisión impugnada la tesis de un acuerdo sobre la exclusión de la gratuidad, es forzoso observar que la motivación de la Decisión impugnada sobre el particular es, en todo caso, insuficiente a la luz del artículo 253 CE para permitir que los destinatarios conozcan las justificaciones de la decisión adoptada y que el órgano jurisdiccional ejerza su control.

78 La Comisión no puede modificar el objeto de una decisión mediante explicaciones escritas u orales dadas con posterioridad, siendo así que ya ha sido objeto de un recurso ante el juez comunitario (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1996, Rendo y otros/Comisión, T-16/91, Rec. p. II-1827, apartado 45, y la jurisprudencia allí citada).

79 En consecuencia, no puede alegar la existencia de un acuerdo ilícito que no se ha mencionado expresamente en la Decisión impugnada y sobre el cual los demandantes no han tenido ocasión de ser oídos, como exige el respeto del derecho de defensa.

80 Por otra parte, no corresponde al Tribunal de Primera Instancia sustituir a la Comisión y examinar de oficio si, en el caso de autos, existen elementos que permitan demostrar la existencia de un acuerdo sobre el principio de la exclusión de la gratuidad de los servicios de cambio de efectivo.

81 Por consiguiente, procede desestimar las alegaciones de la Comisión sobre el particular.

b) Sobre las pruebas de un acuerdo relativo al importe de las comisiones de cambio

82 Deben examinarse las alegaciones y pruebas relativas a las circunstancias que rodearon la reunión de 15 de octubre de 1997 antes de analizar las pruebas directas de las conversaciones que tuvieron lugar durante dicha reunión y las observaciones de la Comisión en cuanto a la ejecución del acuerdo controvertido.

## Sobre las pruebas relativas al contexto de la reunión de 15 de octubre de 1997

— Sobre las cuotas de mercado de los bancos que participaron en la reunión de 15 de octubre de 1997

<sup>83</sup> El Dresdner Bank, el Commerzbank, el VUW y el HVB alegan, en síntesis, que, aunque se suponga que la Comisión definió correctamente el mercado pertinente, las cuotas de mercado agregadas de los participantes en la reunión de 15 de octubre de 1997 son muy inferiores a la estimación, comprendida entre el 70 % y el 80 %, que figura en el informe GWK y que se reprodujo en el considerando 87 de la Decisión impugnada. Por no disponer de la potencia económica exigida para poder influir en el mercado y celebrar un acuerdo de fijación de precios, consideran que carece de sentido la tesis de un acuerdo horizontal de fijación de precios.

<sup>84</sup> La Comisión alega que dado que el acuerdo de que se trata persigue un objeto contrario a la libre competencia, no estaba obligada a analizar las cuotas de mercado de las demandantes, ni el efecto de dicho acuerdo sobre el mercado. Por lo tanto, a su juicio, la argumentación de las demandantes relativa a las cuotas de mercado carece de pertinencia.

<sup>85</sup> El Tribunal de Primera Instancia señala que las alegaciones relativas a la evaluación de las cuotas de mercado se refieren a la existencia de un acuerdo horizontal de fijación de precios en la medida en que la falta del poder de mercado suficiente hace que sea menos probable la celebración de tal acuerdo. Dichos argumentos se refieren asimismo indirectamente a la fiabilidad del informe GWK, discutido por los demandantes y que será examinado más adelante. Por consiguiente, procede comprobar la procedencia de tales alegaciones que no pueden reputarse carentes de pertinencia.

86 En el pliego de cargos, la Comisión, por una parte, había hecho suya la estimación de las cuotas de mercado de los participantes en la reunión de 15 de octubre de 1997, valorada entre el 70 % y el 80 % (pliego de cargos, considerando 79) en el informe GWK y, por otra, sobre la base de su investigación, declaró que cinco bancos (el Deutsche Bank, el Hypo Vereinsbank, el Dresdner Bank, el Commerzbank y el Hamburger Sparkasse) poseían conjuntamente el 65 % del mercado de los servicios de cambio. Como consecuencia de que los demandantes no aceptaron dichos datos durante el procedimiento administrativo, la Decisión impugnada no contiene ninguna estimación precisa de las cuotas de mercado de los destinatarios de la Decisión impugnada, ni de los participantes en la reunión de 15 de octubre de 1997. No obstante, se refiere, en el considerando 87 de la Decisión impugnada, al informe GWK, según el cual, «los bancos [que asistieron a la reunión de 15 de octubre de 1997] [representaban] entre el 70 % y el 80 % del mercado de cambio minorista alemán».

87 Resulta patente a este respecto, en primer lugar, que es pacífico entre la Comisión y los demandantes que la evaluación del volumen de efectivo cambiado en Alemania en 1998, que figura en la Decisión impugnada, es inexacta. En lugar de los 6.800 millones de euros indicados en la Decisión impugnada (nota a pie de página nº 7 en el considerando 14), el volumen total de efectivo cambiado ascendía a 13.203 millones de euros, según los datos estadísticos del Deutsche Bundesbank de 1998. Dichos datos corresponden, por lo demás, a los que constan en el informe del Instituto Monetario Europeo (IME) de 23 de abril de 1997 mencionado en el considerando 75 de la Decisión impugnada. En la vista la Comisión reconoció haber interpretado incorrectamente los datos mencionados en la nota a pie de página nº 7 de la Decisión impugnada. Esta inexactitud material influye en el caso de autos, en la medida en que contribuye a sobrevalorar el peso de los participantes en la reunión de 15 de octubre de 1997 en el mercado. Esta divergencia es aún más sobresaliente si se hace referencia al considerando 14 de la Decisión impugnada, según el cual, para las monedas de los quince Estados miembros, «el valor total de los billetes comprados y vendidos en 1998 fue de aproximadamente 2.100 millones de euros».

- 88 En segundo lugar, tanto los demandantes como la Comisión valoran las cuotas de mercado agregadas correspondientes a los demandantes en el mercado de los servicios de cambio de efectivo al por menor, sin distinción en cuanto a divisas, en Alemania (1997) en el 4,68 % según el criterio del número de agencias bancarias, en el 16,46 % según el criterio del total del balance de los bancos y en el 15,24 % según el criterio del volumen del efectivo cambiado. Es importante señalar que dichas valoraciones se refieren únicamente a la oferta de los establecimientos de crédito y no toman en consideración la procedente de otros operadores, en particular, las oficinas de cambio.
- 89 En tercer lugar, los demandantes y la Comisión están de acuerdo en considerar que, en relación con todos los que participaron en la reunión del 15 de octubre de 1997, los demandantes representaban una parte muy preponderante del volumen de cambio de efectivo. La Comisión consideró, en efecto, en sus respuestas escritas a las preguntas del Tribunal de Primera Instancia, que las cuotas de mercado de los demás bancos asistentes a la reunión no eran significativas. En la vista, el Commerzbank estimó que los demandantes representaban, al menos, el 90 % del volumen canjeado por la totalidad de los participantes en la reunión. Ninguna de las partes ha querido rebatir esta estimación, de la que, por lo tanto, debe dejarse constancia.
- 90 Estos elementos permiten, ante todo, observar que la valoración de las cuotas de mercado aludida en el informe GWK y mencionada en el considerando 87 de la Decisión impugnada es inexacta, ya que exagera de manera evidente la potencia económica de los bancos presentes en la reunión del 15 de octubre de 1997 sobre el mercado pertinente.
- 91 Sin embargo, esta inexactitud no puede bastar para desvirtuar la tesis de la existencia de un acuerdo horizontal de fijación de precios. No obstante, puede hacer disminuir su probabilidad. En efecto, el hecho de que los participantes en la reunión del 15 de octubre de 1997 sólo representaran, a lo sumo, alrededor del 17 % de la oferta procedente únicamente de las entidades financieras puede suscitar dudas en cuanto a la existencia de un acuerdo horizontal de fijación de precios. Por lo demás, la Decisión impugnada no se refiere a ninguna circunstancia especial relativa, por ejemplo, a la estructura del mercado de referencia, que pudiera permitir mitigar tales dudas.

## — Sobre la incertidumbre normativa

- 92 Los demandantes alegan que el objeto de la reunión de 15 de octubre de 1997 no era celebrar un acuerdo ilícito, sino examinar el impacto de la normativa relativa al período transitorio sobre la organización de los servicios de cambio de efectivo. Sostienen, en síntesis, que a la sazón aún no se había dado una respuesta definitiva a tres grandes series de preguntas.
- 93 La primera se refiere, según señalan, a la aplicación de tipos irrevocables de conversión en las operaciones de cambio de efectivo.
- 94 Indican que la segunda se refiere al principio de la retribución del cambio de efectivo y, más concretamente, a si la norma del artículo 52 del Protocolo sobre los estatutos del Sistema Europeo de Bancos Centrales y del Banco Central Europeo, anexo al Tratado CE (en lo sucesivo, «estatutos del SEBC»), sobre el cambio «a los respectivos valores de paridad» por los bancos centrales, implicaba la obligación de las entidades financieras de cambiar gratuitamente la moneda fiduciaria durante el período transitorio.
- 95 Alegan que la tercera se refiere a los métodos de retribución del cambio de efectivo y, en particular, a las consecuencias técnicas de la eliminación del cambio directo (1 DEM = x EUR) en beneficio del cambio indirecto (1 EUR = y DEM), establecido en el Reglamento (CE) n° 1103/97 del Consejo, de 17 de junio de 1997, sobre determinadas disposiciones relativas a la introducción del euro (DO L 162, p. 1) y de la sustitución de las comisiones implícitas en beneficio de comisiones explícitas, fijadas independientemente del curso, en particular, para las operaciones interbancarias. Igualmente se discutió sobre si el nivel de comisión debía ser el mismo respecto a todas las denominaciones nacionales del euro o variar, según la oferta y la demanda propia de cada una de ellas.

- 96 La Comisión observa, esencialmente, que el 15 de octubre de 1997, apenas existía incertidumbre normativa alguna sobre las consecuencias del tránsito al euro. Sostiene que, desde 1995, «todo el mundo sabía» que, a partir del 1 de enero de 1999, los tipos de cambio entre las monedas de los Estados miembros participantes serían sustituidas por tipos irrevocables de conversión y que ya no se permitiría el sistema de diferenciales (considerando 139 de la Decisión impugnada). Afirma que, a comienzos de 1997, la cuestión que preocupaba a la industria era si, durante el período transitorio, los bancos podrían seguir exigiendo la retribución de los servicios de cambio de efectivo respecto a las monedas de los Estados miembros participantes y, en caso afirmativo, de qué forma. Matiza que el origen de la infracción se remonta al riesgo de que el Deutsche Bundesbank, el Deutsche Bank y otros bancos comerciales ofrecieran al público servicios de cambio de efectivo a título gratuito. Manifiesta que, como reacción a esta amenaza, el GWK intentó persuadir a los bancos alemanes de que no optaran por la gratuidad del cambio de efectivo y, a tal fin, se puso en contacto con el Reisebank (considerandos 58 a 97, y 108 a 111 de la Decisión impugnada).
- 97 El Tribunal de Primera Instancia considera que, por lo tanto, procede comprobar si, como sostienen los demandantes, el contexto de la reunión de 15 de octubre de 1997 estaba dominado por la incertidumbre normativa relativa a las consecuencias de la introducción del euro escritural a partir del 1 de enero de 1999 o si, como mantiene la Comisión, la única incertidumbre que permanecía era de carácter comercial y se refería al riesgo de que el Deutsche Bank y el Deutsche Bundesbank ofrecieran gratuitamente servicios de cambio de efectivo.
- 98 Es cierto que, desde el Consejo Europeo de Madrid de los días 15 y 16 de diciembre de 1995 y seguramente desde la adopción del Reglamento n° 1103/97, de 17 de junio de 1997, apenas podía suscitar alguna duda la aplicación de los tipos irrevocables de conversión durante el período transitorio, como se desprende de los considerandos 34 a 37 y 139 de la Decisión impugnada.

- 99 No obstante, de ello no se puede deducir que no existiera ninguna otra incertidumbre sobre la manera como podía realizarse el cambio de efectivo durante dicho período. Las consultas entre algunos bancos alemanes y el Deutsche Bundesbank a que se refieren los considerandos 52 a 61 de la Decisión impugnada demuestran que sólo a partir del 15 de septiembre de 1997 el Deutsche Bundesbank pudo claramente indicar a sus interlocutores que no sería posible mantener el sistema de diferenciales durante el período transitorio. Según la Decisión impugnada, en este contexto el GWK y el DVB decidieron organizar una reunión entre varios bancos a fin de concertarse sobre dicha evolución (considerandos 81 a 84 de la Decisión impugnada).
- 100 Por otra parte, resulta patente que, durante 1997, una de las principales cuestiones que debían resolverse se refería a la retribución de los servicios de cambio de efectivo debido a las dificultades de interpretación del artículo 52 de los estatutos del SEBC, en virtud del cual «tras la fijación irrevocable de los tipos de cambio, el Consejo de Gobierno adoptará las medidas necesarias para garantizar que los billetes de banco denominados en monedas con tipos de cambio fijo irrevocable sean cambiados por los bancos centrales nacionales a sus respectivos valores de paridad».
- 101 El 15 de mayo de 1997, la Comisión consideró útil convocar una mesa redonda para examinar los aspectos prácticos de la introducción del euro. Al término de dicha mesa redonda, la Comisión confió a un grupo de expertos la misión de examinar, en particular, si los bancos podían exigir la retribución de estos servicios y cómo podían hacerlo.
- 102 El dictamen de este grupo de expertos fue emitido el 20 de noviembre de 1997, es decir, con posterioridad a la reunión del 15 de octubre de 1997 (véase el documento citado en el considerando 137 de la Decisión impugnada, nota a pie de página nº 56). Según dicho dictamen, para el cambio de billetes de la zona del euro, el artículo 52 de los estatutos del SEBC obliga a los bancos centrales a cambiar a los tipos irrevocables de conversión los billetes de las monedas de otros Estados participantes, pero ninguna disposición prohíbe que los bancos comerciales cobren por este tipo de servicio. El grupo de expertos no aceptó la idea de adoptar una normativa

comunitaria que regulara la retribución de las operaciones de conversión y los servicios de cambio de efectivo. Se pronunció a favor de la adopción de «principios de prácticas correctas». El grupo de expertos consideró que debía desearse favorecer la transparencia de los precios, la cual exige que los tipos irrevocables de conversión se utilicen para toda operación de cambio y que toda comisión aplicada sea identificada separadamente.

- 103 Con posterioridad a la reunión del 15 de octubre de 1997, dicho dictamen fue, en síntesis, reproducido en la Recomendación 98/286/CE de la Comisión, de 23 de abril de 1998, sobre las comisiones bancarias por la conversión a euros (DO L 130, p. 22; en lo sucesivo, «Recomendación de la Comisión de 23 de abril de 1998»), cuyo artículo 3 establece que los bancos que realicen el cambio de efectivo durante el período transitorio «deberían hacer constar claramente la aplicación de los tipos de conversión de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento [...] nº 1103/97 y consignar por separado cualesquiera comisiones cobradas».
- 104 Por otra parte, de los documentos obrantes en autos se desprende que algunos bancos, en particular, el Reisebank, sólo tuvieron conocimiento de manera tardía de estas conversaciones sobre el entorno normativo del período transitorio. Así, del informe elaborado por el GWK al término de su reunión con el Reisebank de 29 de abril de 1997 se desprende que éste creía a la sazón que la normativa sobre el euro sólo afectaría a sus actividades tras el período transitorio, con la introducción del euro fiduciario (considerandos 63 a 68 de la Decisión impugnada).
- 105 Resulta, por lo tanto, evidente, que las normas aplicables a los servicios de cambio de efectivo durante el período transitorio aún no se habían definido de una manera firme en el momento de la reunión del 15 de octubre de 1997 y aún daban lugar, en particular bajo la vigilancia de la Comisión, a consultas entre representantes de los bancos centrales, del sector bancario y de las organizaciones de consumidores. En consecuencia, no puede negarse que la reunión del 15 de octubre de 1997 se desarrolló en un contexto de inseguridad normativa cuyo principal reto era dilucidar si podrían aún retribuirse los servicios de cambio de efectivo durante el período transitorio y cómo ello podría hacerse.

- 106 El riesgo de que el Deutsche Bundesbank prestara gratuitamente los servicios de cambio de efectivo se deriva directamente del artículo 52 de los estatutos del SEBC. Es forzoso, no obstante, señalar que, en el momento de los hechos, aún no se habían adoptado todas las normas prácticas para la ejecución de esta disposición. Así, por ejemplo, el informe del grupo de expertos sobre los gastos bancarios de conversión al euro, de 20 de noviembre de 1997 (véase el apartado 102 *supra*), indicaba que, si bien la mayoría de los bancos centrales tenían entonces previsto efectuar gratuitamente el cambio de efectivo en billetes de otros Estados miembros de la zona euro únicamente contra sus propios billetes, algunos (por ejemplo, el Banque de France) tenía intención de aceptar el cambio gratuito de billetes en ambos sentidos (pp. 4 y 7 y anexo B, tabla 2).
- 107 Por otra parte, se desprende más generalmente de los trabajos del grupo de expertos que la mayoría de los bancos tenían entonces la intención de seguir exigiendo la retribución de los servicios de cambio de efectivo durante el período transitorio, a pesar de que los precios de tales servicios debieran reducirse debido a la desaparición del riesgo de cambio. El Deutsche Bank, en cambio, declaró, con ocasión de la mesa redonda de 15 de mayo de 1997 (véase el apartado 101 *supra*), que tenía prevista la gratuidad de las operaciones de conversión de cuentas, respecto a los cheques denominados en euros, así como a «los demás tipos de conversión», mientras que «para los no clientes que cambien billetes durante el período transitorio, el banco ha querido poder cobrarles los gastos de la operación, aunque precisando que las comisiones serían inferiores a las actuales y que podría tratarse de una cantidad fija y no de un porcentaje sobre la transacción» (mesa redonda relativa a los aspectos prácticos de la transición al euro, síntesis y conclusiones, p. 5).
- 108 A pesar de la situación descrita, es innegable que con respecto al período transitorio, la posibilidad de que los bancos siguieran obteniendo ingresos mediante la prestación de servicios de cambio de efectivo estaba expuesta tanto al riesgo de que los bancos centrales ofrecieran tales servicios a título gratuito, como a la eventualidad de que determinados bancos, como el Deutsche Bank, hubieran podido prever hacer lo mismo para sus clientes. Este riesgo era más grave para los bancos cuya actividad principal consistía en el cambio de efectivo –como el GWK y el Reisebank– que respecto a aquellos –en particular, el Dresdner Bank, el HVB y el Commerzbank–, para los cuales dichas operaciones constituían una mera actividad marginal.

— Sobre las conversaciones preparatorias de la reunión de 15 de octubre de 1997

- 109 Los demandantes se oponen a la utilización como pruebas de cargo de determinados documentos relativos a los contactos entre el GWK y el Reisebank durante los meses que precedieron a la reunión de 15 de octubre de 1997. Observan que, dado que la mayoría de dichos documentos proceden del GWK, únicamente podrían utilizarse contra éste. Consideran, en todo caso, que tales documentos no permiten probar la existencia de un acuerdo ilícito de fijación de precios.
- 110 La Comisión estima que la Decisión impugnada se apoya en varios documentos relativos a las conversaciones preparatorias de la reunión de 15 de octubre de 1997 que constituyen pruebas o, al menos, indicios de la infracción. Aunque dichos documentos no permitan llegar a la conclusión de que existe un acuerdo, a su juicio contribuyen a demostrar la finalidad contraria a la competencia de la reunión de 15 de octubre de 1997.
- 111 El Tribunal de Primera Instancia observa que los documentos mencionados por la Comisión en la Decisión impugnada, a los que se refirió en el presente procedimiento, son cinco, a saber:

— un informe de una reunión de 29 de abril de 1997 entre el Reisebank y el GWK (considerandos 63 a 67 de la Decisión impugnada);

- un telefax del GWK al Reisebank, de 5 de mayo de 1997, que contiene la copia de las respuestas del GWK a una encuesta del IME sobre el cambio de efectivo (considerandos 69 a 75 de la Decisión impugnada);
  
- una carta de 25 de julio de 1997 enviada al Landeszentralbank Hessen por el Commerzbank, el DVB, el West LB y el Reisebank, en la que éstos expresan sus reservas sobre la obligación que en principio tiene el Deutsche Bundesbank de comprar gratuitamente las monedas de la zona del euro (considerando 55 de la Decisión impugnada);
  
- un informe de una reunión que tuvo lugar el 11 de agosto de 1997 entre el Reisebank, el DVB, el GWK y el Landeszentralbank Hessen (considerandos 76 a 80 de la Decisión impugnada);
  
- una nota relativa a una conversación telefónica mantenida el 29 de septiembre de 1997 entre el GWK y el DVB (considerandos 81 a 83 de la Decisión impugnada).

112 Los demandantes no han rebatido el contenido de dichos documentos ni su interpretación. En cambio, aquéllos sostienen que dichos documentos no pueden respaldar ningún cargo formulado en su contra.

113 Al respecto, debe señalarse que todos los documentos referidos fueron redactados con anterioridad a la reunión de 15 de octubre de 1997 y, por lo tanto, sólo son pertinentes en la medida en que pueden constituir indicios de circunstancias que precedieron a la supuesta infracción.

- 114 Por otra parte, es importante señalar que cuatro de dichos documentos proceden directamente del GWK y podrían ser pertinentes para determinar su papel de instigador de la reunión de 15 de octubre de 1997. No contienen ningún elemento ni ninguna aclaración sobre la intención de ningún banco aparte del GWK y, en su caso, del Reisebank con motivo de la reunión de 15 de octubre.
- 115 En cuanto a la pertinencia de la carta de 25 de julio de 1997 enviada al Landeszentralbank Hessen, ésta se limita a demostrar la situación de las consultas entre los bancos y los representantes del Deutsche Bundesbank en el contexto de incertidumbre recordado anteriormente.
- 116 Por consiguiente, dichos documentos, que sólo se refieren al papel de instigador del GWK, no contienen ningún indicio probatorio de la celebración de un acuerdo de fijación de precios durante la reunión de 15 de octubre de 1997.

#### Sobre las pruebas directas relativas a la reunión de 15 de octubre de 1997

- 117 Aunque la Comisión haya señalado que la declaración de la infracción se basa en varias pruebas documentales (considerandos 62, 120, 126, 142 y 158 de la Decisión impugnada), de la Decisión impugnada se desprende que, en relación con el acuerdo de fijación del precio de los servicios de cambio de efectivo, sólo existe una prueba documental directa del contenido de las conversaciones que se mantuvieron durante la reunión de 15 de octubre de 1997: el informe GWK. La Comisión consideró que corroboraban este informe las manifestaciones realizadas en el procedimiento administrativo por otros dos participantes en la reunión de 15 de octubre de 1997, así como el comportamiento de los bancos en el mercado que, a su juicio, revela la ejecución del acuerdo de fijación de precios. Por lo tanto, deben examinarse sucesivamente estas tres categorías de elementos a fin de comprobar su carácter probatorio.

## — Sobre el informe GWK

- 118 Los demandantes niegan el valor probatorio del informe GWK. El Dresdner Bank y el HVB (asuntos T-54/02 OP y T-56/02 OP) han aportado los testimonios de personas asistentes a la reunión de 15 de octubre de 1997 que niegan que se tratara sobre un acuerdo de fijación de precios.
- 119 La Comisión sostiene que el informe GWK demuestra claramente que, a pesar de su desacuerdo sobre el principio de una comisión única para todas las denominaciones nacionales del euro, los bancos presentes se pusieron de acuerdo sobre el principio de una comisión de alrededor del 3 %. Afirma que cuando se reunieron, entre abril y octubre de 1997, los bancos estaban en una situación de incertidumbre en cuanto a su futuro político de precios respecto a los servicios de cambio de efectivo. Considera que el mero hecho de haber mantenido conversaciones y llegado a un acuerdo sobre una retribución de alrededor del 3 % redujo considerablemente dicha incertidumbre. A su juicio, las conversaciones de esta naturaleza constituyen un acuerdo cuyo objeto es restringir la libre competencia, en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1.
- 120 La Comisión estima que los testimonios recogidos a efectos del presente procedimiento tienen un valor probatorio inferior al de los documentos contemporáneos a los hechos, como el informe GWK.
- 121 El Tribunal de Primera Instancia recuerda que, para apreciar el valor probatorio de un documento, es necesario comprobar la verosimilitud de la información en él contenida y tener en cuenta, en especial, el origen del documento, las circunstancias de su elaboración, así como su destinatario, y preguntarse si, de acuerdo con su contenido, parece razonable y fidedigno (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, conocida como «sentencia Cemento», T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p. II-491, apartado 1838).

122 El pasaje del informe GWK sobre el que se apoyó la Comisión está redactado del siguiente modo:

«Los bancos presentes en la reunión expresaron su intención de sustituir los ingresos que generan actualmente los márgenes por ingresos derivados de comisiones, hasta alcanzar alrededor del 90 %. Según los bancos, ello representa una comisión global de cerca del 3 %.»

123 En primer lugar, este pasaje no permite comprender por qué una modificación del sistema de presentación de los precios consistente en eliminar un sistema de precios implícitos (diferenciales) en beneficio de un sistema de precios explícitos (comisiones) podría afectar a los ingresos que los bancos obtienen con sus servicios. A falta de otras explicaciones, debe considerarse que la elección entre estas dos formas de expresar los precios carece de influencia sobre el nivel de tales precios. Por ello, es necesario referirse a la sección íntegra del informe GWK de la que se extrae el pasaje que la Comisión considera inculpatario para verificar su alcance.

124 Pues bien, de la lectura de dicha sección del informe GWK se desprende que ésta se refiere a las consecuencias de la desaparición del sistema de diferenciales a raíz de la entrada en vigor de los tipos irrevocables de conversión el 1 de enero de 1999. Concretamente, la referida sección aborda la cuestión de si los bancos podrían, durante el período transitorio, seguir cobrando los servicios de cambio de efectivo según las características propias del mercado existente para cada una de las monedas o si la introducción del euro escritural el 1 de enero de 1999 debía suponer la utilización de una comisión idéntica para cada una de las denominaciones

nacionales del euro. Por lo tanto, la aludida sección no versa sobre la determinación de un importe de las comisiones, sino sobre si debía aplicarse la misma comisión a todas las antiguas divisas nacionales afectadas, o tantas comisiones como divisas. El informe GWK muestra que las partes no estaban de acuerdo sobre este extremo.

125 En segundo lugar, dicha sección del informe GWK indica que los participantes en la reunión de 15 de octubre de 1997 estaban de acuerdo en considerar que sería necesario sustituir el sistema de diferenciales por la utilización de comisiones de cambio explícitas y distintas de los tipos irrevocables de conversión (véanse los considerandos 88, 93 y 95 de la Decisión impugnada). No obstante, no es posible inferir de tal manifestación que existiera un acuerdo de fijación de precios en la medida en que la eliminación de los diferenciales no era el fruto de la voluntad de los bancos presentes, sino el resultado, entonces muy probable, de una evolución normativa aún en curso que debía concretarse posteriormente mediante la Recomendación de la Comisión de 23 de abril de 1998.

126 En tercer lugar, la referencia, en el pasaje pertinente del informe GWK, al mantenimiento del 90 % de los ingresos generados por el sistema de márgenes, no puede interpretarse prescindiendo del contexto normativo de la reunión de 15 de octubre de 1997.

127 A este respecto, es pacífico que la entrada en vigor de los tipos irrevocables de conversión daba lugar a la desaparición del riesgo de cambio, riesgo que, en un informe de 23 de abril de 1997 citado en el considerando 75 de la Decisión impugnada, el IME consideró que representaba entre el 5 y el 10 % de los costes de los servicios de cambio de efectivo. El IME estimó que los tipos irrevocables de conversión harían disminuir proporcionalmente los costes y, por consiguiente, los precios de los servicios de cambio de efectivo en alrededor del 5 % al 10 %.

- 128 Del mismo modo, en la mesa redonda de 15 de mayo de 1997 (véase el apartado 101 *supra*), los representantes del sector bancario manifestaron que, durante el período transitorio, «[desaparecería] el riesgo de tipo de cambio –y, por lo tanto, se [reducirían] los costes en torno al 20 %–, otros costes [permanecerían]» (mesa redonda relativa a los aspectos prácticos de la transición al euro; síntesis y conclusión; datos mencionados en el considerando 41 de la Decisión impugnada: véase asimismo el documento de la Comisión titulado «Report to the round table on the practical aspects of the changeover to the euro», documento II/237/97, EN rev, 4).
- 129 En consecuencia, puede entenderse que el pasaje objeto de censura del informe GWK, al prever el mantenimiento del 90 % de los ingresos de los bancos, se refiere a la reducción en torno al 10 % de los costes de los servicios de cambio de efectivo causado por la desaparición del riesgo de cambio. Tal reducción de costes debía repercutir en el nivel de precios que debería igualmente disminuir en torno al 10 % debido a la entrada en vigor de los tipos de conversión irrevocables. No puede considerarse que esta estimación de la evolución de los precios imputable a la introducción del euro se refiere a la voluntad de los bancos presentes en la reunión.
- 130 En cuarto lugar, en relación con la frase del informe GWK en la que se alude directamente a una comisión del orden del 3 % («Según los bancos, ello representaría una comisión global de cerca del 3 %»), es cierto que la mención de un nivel de precios futuro durante una reunión entre empresas competidoras puede hacer suponer que existe un acuerdo de fijación de precios. No obstante, en el caso de autos, los demandantes han alegado que esta mención era no sólo imprecisa sino que, además, sólo reflejaba la información públicamente disponible sobre la situación del mercado, a la que se refiere el IME en su informe de 23 de abril de 1997.
- 131 Si bien, por lo tanto, el pasaje objeto de censura del informe GWK no es claro ni está desprovisto de ambigüedad, debe señalarse, como se hizo en el considerando 105 de

la Decisión impugnada, que dicho informe indica que la perspectiva de que el Deutsche Bank ofrezca gratuitamente servicios de cambio constituía «una amenaza mucho más grave que la prestación de servicios gratuitos por parte de los Landeszentralbank (que no están equipados para ello)». Según el informe, ello podía «socavar la postura acordada en la reunión respecto de una comisión de aproximadamente el 3 % (90 % de los ingresos actuales)». A efectos de la apreciación de todas las pruebas, debe tenerse en cuenta el hecho de que dicho pasaje puede justificar la tesis de un acuerdo sobre el importe de las comisiones.

132 En relación con la fiabilidad del informe GWK, se ha señalado anteriormente que contenía una exageración importante en relación con las cuotas de mercado de los bancos presentes. Los demandantes ponen de relieve asimismo que dado que su autor no es germanófono, pudo equivocarse sobre el sentido de las manifestaciones realizadas durante la reunión. Consideran, por otra parte, que dado que el GWK tomó la iniciativa en cuanto a las gestiones que propiciaron la reunión de 15 de octubre de 1997, el autor de dicho documento tenía un interés personal en dorar los hechos a fin de presentar a sus superiores un resultado conforme a las expectativas de éstos. A este respecto, debe señalarse que una nota interna del GWK de 20 de octubre de 1997 (anexo 16 del pliego de cargos) se refiere a un acuerdo sobre «la futura estructura de cargos aplicables a las operaciones de cambio sobre las monedas de la zona euro» celebrado en mayo de 1997 entre el GWK y los principales bancos neerlandeses. Señalan que dicho acuerdo fija en el 3,8 % las comisiones sobre el cambio de efectivo. Pues bien, este importe corresponde a las indicaciones dadas por el GWK al IME (considerando 72 de la Decisión de impugnada) y que posteriormente fueron remitidas al Reisebank mediante telefax de 5 de mayo de 1997, antes mencionado. Estas circunstancias permitían preguntarse si el GWK pretendió favorecer un acuerdo de fijación de precios en Alemania, a semejanza del de mayo de 1997 que con respecto a los Países Bajos se menciona en dicha nota interna.

133 Por último, ha quedado acreditado que el informe GWK es una nota para uso meramente interno que no fue objeto de difusión entre los demandantes hasta el procedimiento administrativo, por lo que no tuvieron la posibilidad de tomar distancias con respecto a su contenido con el fin de disipar todo riesgo de equívoco en cuanto a la interpretación de las manifestaciones formuladas en la reunión de 15 de octubre de 1997.

134 En definitiva, procede considerar que, al referirse a un acuerdo sobre una comisión del 3 %, el informe GWK puede, a lo sumo, constituir un indicio que permite sospechar que existe una concordancia de voluntades entre los bancos asistentes a la reunión de 15 de octubre de 1997. No obstante, teniendo en cuenta los elementos que acaban de analizarse, dicho documento no puede bastar para demostrar de manera suficiente en Derecho la existencia de tal concordancia de voluntades.

— Sobre las manifestaciones de algunos bancos durante el procedimiento administrativo

135 Según la Decisión impugnada, corrobora la existencia de conversaciones sobre el porcentaje de comisión a que se refiere el informe GWK lo manifestado por el Commerzbank y el Bayerische Landesbank Girozentrale en la comparecencia (considerandos 96, 107 y 118 a 120 de la Decisión impugnada). En la nota a pie de página nº 44 de la Decisión impugnada, la Comisión se refiere asimismo a las respuestas al pliego de cargos del Commerzbank, del HVB y del VUW, del West LB, así como del Hamburgische Landesbank Girozentrale. En sus escritos de oposición, la Comisión aludió, por lo demás, a la respuesta del Reisebank al pliego de cargos, mencionada en el considerando 68 de la Decisión impugnada.

136 En relación con este último documento, el Tribunal de Primera Instancia señala que el considerando 68 de la Decisión impugnada indica que el Reisebank reconoció que «no era consciente de los grandes cambios en el negocio de canje de monedas de la zona del euro durante el período transitorio». Resulta patente que esta manifestación no constituye ningún indicio de la existencia de una concordancia de voluntades sobre la fijación de los precios.

137 Si bien es evidente que los bancos de que se trata manifestaron que «los representantes de determinados bancos [habían mencionado] unas cifras que oscilaban entre el 2 % y el 4 %», por ejemplo (considerando 107 de la Decisión

impugnada), ninguna de tales manifestaciones confirma la tesis de la existencia de una concordancia de voluntades sobre la fijación de un porcentaje de comisión. Es cierto que la fijación de una banda de referencia o de un nivel de precios objetivo puede constituir una forma de fijación de precios ilícita, ya que, en tal circunstancia, los precios ya no resultan de decisiones autónomas de los operadores, sino de la concordancia de sus voluntades. No obstante, las cifras presentadas («entre el 2 % y el 4 %»; «en torno al 3 %»; «entre el 2 % y el 6 %»; véase el considerando 107 de la Decisión impugnada y la nota a pie de página n° 44) reflejan –como se ha señalado anteriormente– los precios del mercado tal como pudo comprobarlos el IME; estos datos cubren un campo muy amplio (hasta tres veces el mínimo señalado), lo que contribuye a su falta de precisión. Por consiguiente, dichas manifestaciones demuestran que, durante la reunión, algunos bancos se refirieron a las comisiones en unos términos que no permiten, sin embargo, llegar a la conclusión con todas las garantías de que se dio una concordancia de voluntades sobre la fijación conjunta de sus precios respectivos.

Sobre las declaraciones relativas a la ejecución del acuerdo sobre la cuantía de las comisiones de cambio

<sup>138</sup> Tras indicar que dado que el objeto del acuerdo es restringir la libre competencia, no es necesario demostrar sus efectos, la Comisión consideró, en todo caso, que tras la reunión de 15 de octubre de 1997 los participantes habían ajustado los precios que aplicaban conforme a los términos del pretendido acuerdo. En los considerandos 147 y 148 de la Decisión impugnada, hace referencia a los porcentajes aplicados por el Dresdner Bank, el Commerzbank, el HVB, el VUW, el GWK y el Reisebank. Estos porcentajes oscilan entre el 3 % y el 4,5 %, aunque algunos bancos cobraban además un importe fijo.

<sup>139</sup> Los demandantes consideran que los precios aplicados durante el período transitorio demuestran la falta de acuerdo, de lo que discrepa la Comisión.

- 140 El examen de los porcentajes de comisión efectivos debe tomar en consideración tanto el elemento proporcional como el elemento fijo de las comisiones realmente percibidas. En efecto, en la medida en que la gran mayoría de los servicios de que se trata se refiere a importes inferiores a 200 euros –el pliego de cargos menciona un porcentaje del 70 %, (véase el punto 9 del mismo)– la facturación de comisiones fijas de 5 o 10 DEM, o de un volumen mínimo de cambio afecta de forma significativa al importe total efectivamente facturado por los bancos, expresado en forma de porcentaje. En consecuencia, la Comisión no podía limitarse a examinar únicamente la comisión porcentual aplicada, ya que ésta sólo indica de forma parcial el precio soportado por el consumidor.
- 141 En el marco de las diligencias de ordenación del procedimiento, el Tribunal de Primera Instancia instó a la Comisión para que, en forma de tabla, aportara los datos relativos al nivel efectivo de las comisiones que los bancos presentes en la reunión de 15 de octubre de 1997 aplicaron en 1999, para el volumen canjeado de 25, de 50, de 100 y de 200 euros. De la tabla que la Comisión aportó para que se uniera a los autos se desprende que los porcentajes efectivos de comisiones variaban claramente de un banco a otro. Así, para el cambio de 20 euros, el nivel de los porcentajes de comisión efectivos variaba entre el 3 % y el 30 %, es decir, una diferencia de 1 a 10. Esta diferencia tendía a reducirse en proporción al aumento del volumen cambiado. Por ejemplo, para 200 euros cambiados, las comisiones efectivas variaban entre el 2 % y el 4,5 %, es decir, una diferencia de 1 a 2,25. Los demandantes no han cuestionado estos datos.
- 142 Procede llegar a la conclusión de que, al declarar en los considerandos 147 y 148 de la Decisión impugnada que los demandantes habían ajustado sus precios dentro de una horquilla comprendida entre el 3 % y el 4,5 %, la Comisión se basó en datos inexactos. Los datos de que disponía la Comisión al adoptar la Decisión impugnada no sustentaban la alegación de una convergencia de precios realizada por los demandantes imputable a la ejecución del acuerdo referido.

## Conclusión

- 143 Tras una apreciación global, se desprende de dichos elementos que el instigador de la reunión de 15 de octubre de 1997 pudo actuar con el designio de favorecer la celebración de un acuerdo de fijación de precios como reacción al doble riesgo de un incremento de la presión competitiva que pudiera resultar de la oferta a título gratuito por el Deutsche Bundesbank y el Deutsche Bank de servicios de cambio de efectivo durante el período transitorio.
- 144 No obstante, las pruebas directas relativas a la reunión de 15 de octubre de 1997 no son suficientes para permitir considerar, sin que permanezca ninguna duda razonable sobre el particular, que los bancos presentes celebraron tal acuerdo. Si bien los elementos citados por la Comisión demuestran que algunos bancos presentes hicieron alusión al nivel aproximado de las comisiones –por lo demás notoriamente conocido– durante la reunión, estos indicios no bastan para apoyar, hasta el nivel de prueba exigido, la tesis según la cual se dio una concordancia de voluntades sobre la fijación común de tales precios.
- 145 A este respecto, procede prestar atención a las incertidumbres normativas y técnicas del momento vinculadas al contexto muy especial de la introducción del euro y a las múltiples consultas que entonces tenían lugar entre el sector bancario, la Comisión, las autoridades monetarias y las asociaciones de consumidores. Este contexto no permite ignorar la alegación de los demandantes de que su concertación consistía en recordar las consecuencias de la evolución normativa sobre su actividad de cambio de efectivo durante el período transitorio y, en su caso, alertar al Deutsche Bundesbank de las dificultades a las que debían enfrentarse los operadores del sector debido a dicha evolución.
- 146 Además, la tesis de la existencia de un acuerdo de fijación de precios resulta debilitada por el hecho de que los bancos presentes en la reunión de 15 de octubre

de 1997 representaban, a lo sumo, en torno al 17 % de la oferta de servicios de cambio de efectivo procedente únicamente de entidades financieras.

147 Por último, los datos en poder de la Comisión en cuanto al nivel de precios aplicados durante el período transitorio contradicen la observación según la cual los precios cobrados en 1999 son reveladores de la adopción de un acuerdo.

148 Por consiguiente, procede considerar que la Comisión no ha logrado demostrar de manera suficiente en Derecho que se diera una concordancia de voluntades sobre la fijación del importe de las comisiones de cambio durante la reunión de 15 de octubre de 1997.

#### *D. Sobre el acuerdo para determinar la forma de cobrar las comisiones de cambio*

149 Sobre la parte de la infracción relativa a la forma de efectuar el cobro versan los considerandos 95, 96, 114, 115, 132 y 184 de la Decisión impugnada, habiendo la Comisión dedicado la parte esencial de su análisis al problema de la fijación del importe de las comisiones. En particular, la Comisión se pronunció en los siguientes términos sobre las pruebas de la existencia de un acuerdo sobre el principio de una retribución exclusivamente proporcional (considerando 95 de la Decisión impugnada):

«Por lo que se refiere al negocio minorista, el acta [Commerzbank] indica que había consenso en cuanto al uso de tipos de cambio fijos para monedas de la zona del euro (es decir, sin tipos de cambio de compra y de venta), con una tasa en forma de comisión expresada en porcentaje. El método de cálculo para la conversión entre monedas en la zona del euro sería decidido individualmente por cada banco [...]

Respecto del establecimiento de tipos de cambio y precios de las operaciones de divisas en la fase 3a (1.1.1999 a 1.1.2002) de la [Unión Económica y Monetaria], se alcanzó un consenso sobre los siguientes puntos:

#### Operaciones con particulares

[...]

- La tasa o comisión se calculará como porcentaje del valor de la operación de cambio.

[...]»

<sup>150</sup> Según la Decisión impugnada, los informes Commerzbank y GWK «se corresponden en cuanto a que la comisión a los clientes revestirá la forma de un porcentaje» (considerando 96 de la Decisión impugnada). Dichos elementos se reprodujeron, esencialmente, en el considerando 106 de la Decisión impugnada. Por otra parte, en los considerandos 114 a 116 de la Decisión impugnada, la Comisión respondió a las alegaciones de las partes en los siguientes términos:

«La exposición transparente y explícita de las tarifas de las transacciones no requiere ninguna normalización de precios, estructuras de tarifas u otros elementos de los servicios bancarios. Cada banco debe decidir de manera independiente su política

comercial por lo que se refiere a las tarifas que aplica. Suponiendo que sea lícito que los bancos apliquen comisiones a sus clientes, entonces cada banco deberá determinar con independencia la política de tales comisiones, incluida su estructura.

No era lógico ni natural que cada banco transformara por su cuenta el diferencial de una comisión porcentual. De hecho, parece que el Deutsche Bank consideró en un principio la posibilidad de establecer un servicio gratuito. En todo caso, no se trata de cuál es la estructura de comisiones más racional desde el punto de vista económico, sino de si se llegó a un acuerdo entre bancos sobre dicha estructura.

En el presente caso, había un acuerdo explícito entre bancos sobre una comisión global de alrededor del 3 %, con el objetivo de recuperar en torno al 90 % de los ingresos que se iban a dejar de percibir tras la “abolición del diferencial” el 1 de enero de 1999.»

## 1. Alegaciones de las partes

- 151 Los demandantes niegan que exista un acuerdo consistente en exigir comisiones expresadas porcentualmente. Sus alegaciones son de dos tipos. Por una parte, consideran que las pruebas aportadas por la Comisión son insuficientes. Por otra, proponen una explicación alternativa: durante la reunión de 15 de octubre de 1997, todos los bancos reconocieron que la entrada en vigor de tipos de conversión irrevocables supondría la eliminación del diferencial para el cambio de efectivo en beneficio de un mecanismo de fijación explícita de las comisiones. Precisan que, por lo tanto, no se trata de un acuerdo en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, sino de una conversación sobre la evolución normativa.

- 152 La Comisión sostiene que la comprobación del acuerdo sobre la forma de efectuar el cobro se apoya en el informe Commerzbank, cuyo texto es especialmente claro: «la tasa o comisión se calculará como porcentaje del valor de la operación de cambio» y «se calculará por separado». Señala que confirma esta declaración el informe GWK, según el cual las comisiones debían calcularse «como porcentaje del valor de la operación de cambio».
- 153 La Comisión afirma igualmente que la Decisión impugnada se basa en varios informes redactados por el GWK antes de la reunión de 15 de octubre de 1997. Además de los documentos redactados por el GWK a los que se ha hecho alusión anteriormente, la Comisión se refiere a las respuestas del Landesbank Hessen Thüringen Girozentrale al pliego de cargos (considerando 113 de la Decisión impugnada).
- 154 Los demandantes protestan vigorosamente contra la utilización como pruebas de cargo de estos últimos elementos a los que la Comisión les denegó todo acceso durante el procedimiento administrativo.

## 2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia

- 155 Por lo que respecta a la imputación relativa a la utilización como pruebas de cargo de documentos sobre los que no se dio audiencia a los demandantes, el Tribunal de Primera Instancia recuerda que el respeto del derecho de defensa exige que la empresa interesada haya podido dar a conocer eficazmente su punto de vista sobre la realidad y la pertinencia de los hechos, imputaciones y circunstancias alegados por la Comisión (sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, apartado 11, y de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión, 43/82 y 63/82, Rec. p. 19, apartado 25).

- 156 El pliego de cargos debe contener una exposición de los cargos redactada en términos lo bastante claros, aunque sea de manera sucinta, como para que los interesados puedan conocer efectivamente los comportamientos que les imputa la Comisión. En efecto, sólo si cumple este requisito puede el pliego de cargos desempeñar la función que le atribuyen los diferentes reglamentos comunitarios y que consiste en facilitar a las empresas y asociaciones de empresas todos los elementos necesarios para que puedan defenderse de modo eficaz, antes de que la Comisión adopte una decisión definitiva (sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de marzo de 1993, *Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión*, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 42).
- 157 En principio, únicamente los documentos que se han citado o se han mencionado en el pliego de cargos constituyen medios de prueba válidos (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, *Shell/Comisión*, T-11/89, Rec. p. II-757, apartado 55, e *ICI/Comisión*, T-13/89, Rec. p. II-1021, apartado 34; véase asimismo, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de julio de 1991, *AKZO/Comisión*, C-62/86, Rec. p. I-3359, apartado 21).
- 158 Un documento sólo puede considerarse prueba de cargo cuando lo utiliza la Comisión en apoyo de la declaración de una infracción cometida por una empresa. Para demostrar que se ha vulnerado su derecho de defensa, no basta que la empresa de que se trate demuestre que no ha podido pronunciarse durante el procedimiento administrativo sobre un documento utilizado en cualquier lugar de la Decisión impugnada. Es preciso que demuestre que la Comisión ha considerado en la Decisión impugnada que ese documento es un elemento de prueba, para inferir de ello que se ha cometido una infracción en la que ha participado la empresa.
- 159 En el caso de autos, la Comisión indicó que, en su respuesta al pliego de cargos, el Landesbank Hessen Thüringen Girozentrale reconoció «haber firmado en la

reunión de 15 de octubre de 1997 un acuerdo sobre la estructura de las tarifas para el período transitorio» (considerando 113 de la Decisión impugnada). A pesar de que el supuesto reconocimiento figura en la sección titulada «Alegaciones de las partes sobre la interpretación de los hechos», debe señalarse que la Comisión la consideró una prueba de cargo en la Decisión impugnada y a ella se refirió como tal en sus escritos judiciales.

160 Pues bien, la Comisión reconoció en su respuesta a las preguntas escritas del Tribunal de Primera Instancia que ninguno de los demandantes había tenido acceso a las respuestas de los demás destinatarios del pliego de cargos. De ello se deduce que la Comisión vulneró el derecho de defensa con respecto a los demandantes basándose en documentos a los que éstos no habían tenido acceso durante el procedimiento administrativo. Por lo tanto, procede prescindir de dichos documentos como medios de prueba (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de septiembre de 2003, Atlantic Container Line y otros/Comisión, T-191/98, T-212/98 a T-214/98, Rec. p. II-3275, apartado 338; véanse, asimismo, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión, 107/82, Rec. p. 3151, apartados 24 a 30, y la sentencia Cemento, antes citada, apartado 382).

161 En relación con las demás pruebas citadas por la Comisión, es forzoso señalar que se trata de documentos examinados anteriormente al analizar las apreciaciones relativas al acuerdo de fijación de precios. Estos documentos sólo son indirectamente pertinentes para determinar el objeto de las conversaciones mantenidas en la reunión de 15 de octubre de 1997. Todos ellos se refieren al período anterior a dicha reunión y únicamente permiten, a lo sumo, determinar el papel de instigador del GWK. Tales documentos son insuficientes para demostrar la concordancia de las voluntades de los demandantes con la del GWK sobre la celebración de un acuerdo que persiguiera un objeto manifiestamente contrario a la libre competencia.

162 En lo que atañe a las pruebas directas del acuerdo sobre las formas de cobrar las comisiones, procede señalar que, teniendo en cuenta el contexto muy especial de los presentes asuntos, relacionado con la introducción del euro, la interpretación de los informes GWK y Commerzbank formulada por la Comisión suscita serias dudas.

163 En efecto, la existencia de un acuerdo sobre la forma de cobrar las comisiones se halla íntimamente ligada a la del acuerdo de fijación de precios, del que constituye un elemento accesorio. Dado que el Tribunal de Primera Instancia decidió que la Comisión no había probado suficientemente con arreglo a Derecho la existencia de un acuerdo de fijación de precios, tienen, por ello, una validez más atenuada las manifestaciones y apreciaciones relativas al supuesto acuerdo sobre la forma de cobrar las comisiones.

164 En la medida en que la Decisión impugnada se basa en la apreciación de una concordancia de voluntades sobre la utilización de comisiones explícitas expresadas en términos porcentuales, procede recordar que la voluntad de los bancos presentes en la reunión de 15 de octubre de 1997 es ajena a la supresión del sistema de comisiones implícitas entonces en vigor. La adopción de comisiones explícitas se deriva del marco jurídico relativo a la introducción del euro. Por lo tanto, la Comisión no podía fundarse en una interpretación literal de la mención, en el informe Commerzbank, de un «consenso» entre los bancos sobre la utilización de tipos de conversión irrevocables y la desaparición correlativa del sistema de diferenciales (véanse, en particular, los considerandos 95 y 106 de la Decisión impugnada). Este pasaje puede, por el contrario, interpretarse como la manifestación común del reconocimiento de un cambio derivado de las medidas normativas reguladoras de la introducción del euro y concretado posteriormente por la Recomendación de la Comisión de 23 de abril de 1998.

165 Además, la existencia misma de un acuerdo sobre una estructura de comisiones estrictamente proporcional al importe cambiado contradice las apreciaciones que figuran en la Decisión impugnada, según las cuales numerosos bancos utilizaban estructuras mixtas, combinando un elemento fijo con un elemento proporcional (considerando 147 de la Decisión impugnada). Por lo tanto, los datos de que disponía la Comisión demuestran que, durante el período transitorio, los demandantes utilizaban estructuras de comisiones diferentes, algunos cobraban comisiones exclusivamente proporcionales mientras que otros mantuvieron una estructura mixta hasta el final de dicho período.

- 166 En consecuencia, procede considerar que la Comisión no ha logrado demostrar suficientemente con arreglo a Derecho la existencia de hechos constitutivos de una concordancia de voluntades reveladora de un acuerdo sobre la forma de cobrar las comisiones de cambio en la reunión de 15 de octubre de 1997.

### *E. Conclusión general*

- 167 La Comisión no ha probado suficientemente con arreglo a Derecho que existiera un acuerdo relativo a la fijación de los precios de los servicios de cambio de efectivo de la zona del euro durante el período transitorio ni la forma de cobrar las comisiones. De ello se deduce que deben declararse fundados los motivos relativos a la inexactitud de los hechos que la Comisión consideró probados y a falta de carácter probatorio de los indicios considerados pruebas de cargo.

- 168 Teniendo en cuenta lo que precede, el nuevo examen contradictorio de los recursos no lleva a modificar el resultado del procedimiento en rebeldía. De ello se deduce que debe desestimarse la oposición, sin que sea necesario examinar los demás motivos del recurso.

### **Costas**

- 169 A tenor del artículo 87, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haber sido desestimados los motivos de oposición formulados por la Comisión, procede condenarla en costas, de conformidad con lo solicitado por los demandantes.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Sala Cuarta)

decide:

- 1) **Desestimar la oposición.**
- 2) **Condenar en costas a la Comisión.**

Legal

Lindh

Vadapalas

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 27 de septiembre de 2006.

El Secretario

El Presidente

E. Coulon

H. Legal

## Índice

Antecedentes del litigio .....	II - 3574
Procedimiento .....	II - 3579
Pretensiones de las partes .....	II - 3581
Fundamentos de Derecho .....	II - 3583
I. Sobre el procedimiento de oposición .....	II - 3583
II. Exposición sumaria de los motivos de los recursos .....	II - 3585
III. Sobre la existencia de un acuerdo contrario a la libre competencia .....	II - 3587
A. Observaciones preliminares .....	II - 3587
B. Sobre la práctica de la prueba y el alcance del control judicial .....	II - 3588
C. Sobre el acuerdo relativo al importe de las comisiones de cambio .....	II - 3591
1. Alegaciones de las partes .....	II - 3591
2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia .....	II - 3593
a) Sobre la interpretación de la Decisión impugnada y sobre la existencia de una infracción relativa al otorgamiento de un acuerdo sobre el principio de exclusión de la gratuidad de los servicios de cambio de efectivo .....	II - 3593
b) Sobre las pruebas de un acuerdo relativo al importe de las comisiones de cambio .....	II - 3595
Sobre las pruebas relativas al contexto de la reunión de 15 de octubre de 1997 .....	II - 3596
— Sobre las cuotas de mercado de los bancos que participaron en la reunión de 15 de octubre de 1997 .....	II - 3596
— Sobre la incertidumbre normativa .....	II - 3599
— Sobre las conversaciones preparatorias de la reunión de 15 de octubre de 1997 .....	II - 3604
	II - 3625

Sobre las pruebas directas relativas a la reunión de 15 de octubre de 1997 .....	II - 3606
— Sobre el informe GWK .....	II - 3607
— Sobre las manifestaciones de algunos bancos durante el procedimiento administrativo .....	II - 3612
Sobre las declaraciones relativas a la ejecución del acuerdo sobre la cuantía de las comisiones de cambio .....	II - 3613
Conclusión .....	II - 3615
D. Sobre el acuerdo para determinar la forma de cobrar las comisiones de cambio .....	II - 3616
1. Alegaciones de las partes .....	II - 3618
2. Apreciación del Tribunal de Primera Instancia .....	II - 3619
E. Conclusión general .....	II - 3623
Costas .....	II - 3623