



Recopilación de la Jurisprudencia

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)

de 16 de marzo de 2023*

«Procedimiento prejudicial — Competencia — Control de las concentraciones entre empresas — Reglamento (CE) n.º 139/2004 — Artículo 21, apartado 1 — Aplicación exclusiva de dicho Reglamento a las operaciones comprendidas en el concepto de “concentración” — Alcance — Operación de concentración carente de dimensión comunitaria, situada por debajo de los umbrales de control *ex ante* obligatorio previstos por el Derecho de un Estado miembro y que no ha sido objeto de remisión a la Comisión Europea — Control por las autoridades de competencia de dicho Estado miembro de tal operación a la luz del artículo 102 TFUE — Procedencia»

En el asunto C-449/21,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por la cour d’appel de Paris (Tribunal de Apelación de París, Francia), mediante resolución de 1 de julio de 2021, recibida en el Tribunal de Justicia el 21 de julio de 2021, en el procedimiento entre

Towercast SASU

y

Autorité de la concurrence,

Ministre chargé de l’économie,

con intervención de:

Tivana Topco SA,

Tivana Midco SARL,

TDF Infrastructure Holding SAS,

TDF Infrastructure SAS,

Tivana France Holdings SAS,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda),

* Lengua de procedimiento: francés.

integrado por la Sra. A. Prechal, Presidenta de Sala, y la Sra. M. L. Arastey Sahún y los Sres. F. Biltgen, N. Wahl (Ponente) y J. Passer, Jueces;

Abogada General: Sra. J. Kokott;

Secretario: Sr. A. Calot Escobar;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 6 de julio de 2022;

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Towercast SASU, por los Sres. P. Mèle y D. Théophile, avocats;
- en nombre de la Autorité de la concurrence, por los Sres. E. Combe y J. Neto, en calidad de agentes, asistidos por el Sr. Y. Anselin, avocat;
- en nombre de Tivana Midco SARL y Tivana Topco SA, por las Sras. S. Hamon y M.-C. Rameau, avocates;
- en nombre de Tivana France Holdings SAS, TDF Infrastructure SAS y TDF Infrastructure Holding SAS, por los Sres. H. Calvet, Y. Chevalier, A. Helfer y F. Salat-Baroux y por la Sra. Y. Trifounovitch, avocats;
- en nombre del Gobierno francés, por el Sr. G. Bain, la Sra. A.-L. Desjonquères y el Sr. P. Dodeller, en calidad de agentes;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. G. Aiello, avvocato dello Stato;
- en nombre del Gobierno neerlandés, por las Sras. K. Bulterman, P. Huurnink y C. S. Schillemans, en calidad de agentes;
- en nombre de la Comisión Europea, por los Sres. T. Baumé, P. Berghe y F. Castillo de la Torre, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogada General, presentadas en audiencia pública el 13 de octubre de 2022;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 21, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO 2004, L 24, p. 1).

- 2 Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre Towercast SASU, por una parte, y la Autorité de la concurrence (Autoridad de Competencia, Francia) y el ministre chargé de l'économie (Ministro de Economía, Francia), por otra, en relación con una resolución desestimatoria de una denuncia de Towercast por abuso de posición dominante.

Marco jurídico

Derecho de la Unión

Reglamento (CEE) n.º 4064/89

- 3 El Reglamento (CEE) n.º 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO 1989, L 395, p. 1), entró en vigor el 21 de septiembre de 1990. A tenor de los considerandos 6 a 8 de dicho Reglamento:

- «(6) Considerando que los artículos 85 y 86 [del Tratado CEE], aunque aplicables según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a determinadas concentraciones, no son sin embargo suficientes para incluir todas las operaciones que pueden resultar incompatibles con el régimen de competencia no falseada establecido por el Tratado;
- (7) Considerando que, por consiguiente, es preciso crear un instrumento jurídico nuevo, en forma de Reglamento, que haga posible un control efectivo de todas las operaciones de concentración en función de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad [Económica Europea] y que sea el único aplicable a tales concentraciones;
- (8) Considerando que dicho Reglamento debe, por lo tanto, basarse no tan solo en el artículo 87 [del Tratado CEE] sino principalmente en el artículo 235 del Tratado [CEE], en virtud del cual la Comunidad puede dotarse de los poderes de acción adicionales necesarios para lograr sus objetivos, igualmente en lo que se refiere a las concentraciones en los mercados de productos agrícolas enumerados en el Anexo II del Tratado [CEE]».

- 4 El artículo 22 del referido Reglamento disponía:

«1. El presente Reglamento será el único aplicable a las operaciones de concentración definidas en el artículo 3.

2. Los Reglamentos (CEE) n.º 17 [del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22)], (CEE) n.º 1017/68 [del Consejo, de 19 de julio de 1968, por el que se aplican las normas de la competencia a los sectores de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable (DO 1968, L 175, p. 1; EE 08/01, p. 106)], (CEE) n.º 4056/86 [del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE a los transportes marítimos (DO 1986, L 378, p. 4)] y (CEE) n.º 3975/87 [del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo (DO 1987, L 374, p. 1)] no se aplicarán a las concentraciones definidas en el artículo 3.

3. Si la Comisión [Europea] comprueba, a instancia de un Estado miembro, que una operación de concentración con arreglo a lo dispuesto en el artículo 3 pero sin dimensión comunitaria con arreglo al artículo 1, crea o intensifica una posición dominante cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el territorio del Estado miembro en cuestión, podrá, en la medida en que dicha concentración afecte al comercio entre Estados miembros, adoptar las decisiones previstas en el párrafo segundo del apartado 2 y en los apartados 3 y 4 del artículo 8.

[...]

5. En aplicación del apartado 3, la Comisión solo adoptará las medidas estrictamente necesarias para preservar o restablecer una competencia efectiva en el territorio del Estado miembro a instancia del cual haya intervenido.

[...]»

Reglamento n.º 139/2004

5 Sin perjuicio de las disposiciones transitorias establecidas en su artículo 26, apartado 2, el Reglamento n.º 139/2004 derogó y sustituyó, con efectos a partir del 1 de mayo de 2004, al Reglamento n.º 4064/89.

6 Los considerandos 2, 5 a 9, 20 y 24 del Reglamento n.º 139/2004 enuncian:

«(2) Para alcanzar los fines del Tratado [CE], la letra g) del apartado 1 del artículo 3 asigna a la Comunidad [Europea] el objetivo de establecer un régimen que garantice que la competencia no sea distorsionada en el mercado interior. [...]

[...]

(5) [...] es necesario garantizar que el proceso de reestructuración no cause un perjuicio duradero a la competencia; el Derecho comunitario debe, por consiguiente, contener disposiciones que regulen las concentraciones que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

(6) Por consiguiente, es preciso un instrumento jurídico específico que permita un control efectivo de todas las concentraciones desde el punto de vista de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad y que sea el único instrumento aplicable a estas concentraciones. El Reglamento [n.º 4064/89] ha permitido desarrollar una política comunitaria en este ámbito. No obstante, a la luz de la experiencia adquirida, en estos momentos resulta oportuno refundir dicho Reglamento en un texto legislativo que responda a los retos de un mercado más integrado y de la futura ampliación de la Unión Europea. Con arreglo a los principios de subsidiariedad y proporcionalidad establecidos en el artículo 5 [CE], el presente Reglamento no va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de garantizar que no se distorsione la competencia en el mercado común, conforme al principio de una economía de mercado abierta con libre competencia.

- (7) Los artículos 81 [CE] y 82 [CE], aunque aplicables a determinadas concentraciones según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no son suficientes para controlar todas las operaciones que puedan resultar incompatibles con el régimen de competencia no distorsionada previsto en el Tratado [CE]. Por tanto, el presente Reglamento deberá basarse no solo en el artículo 83 [CE] sino principalmente en el artículo 308 [CE], en virtud del cual la Comunidad puede dotarse de los poderes de acción adicionales necesarios para lograr sus objetivos, también por lo que se refiere a las concentraciones en los mercados de productos agrícolas enumerados en el anexo I del Tratado [CE].
- (8) Las disposiciones del presente Reglamento deberían aplicarse a las modificaciones estructurales importantes cuyo efecto en el mercado se extienda más allá de las fronteras nacionales de un Estado miembro. Por regla general, estas concentraciones deberían ser examinadas exclusivamente a escala comunitaria, en aplicación de un procedimiento de “ventanilla única” y con arreglo al principio de subsidiariedad. Las concentraciones no cubiertas por el presente Reglamento son, en principio, competencia de los Estados miembros. [...]
- (9) Conviene definir el ámbito de aplicación del presente Reglamento en función de la extensión geográfica de la actividad de las empresas afectadas y limitarlo mediante umbrales cuantitativos a fin de cubrir aquellas concentraciones que revistan dimensión comunitaria. [...]
- [...]
- (20) Es preciso definir el concepto de concentración de forma que abarque las operaciones que den lugar a un cambio duradero en el control de las empresas afectadas y, por tanto, en la estructura del mercado. En consecuencia, resulta adecuado incluir también en el ámbito de aplicación del presente Reglamento las empresas en participación que ejerzan de forma duradera todas las funciones propias de una entidad económica autónoma. Es preciso, además, considerar como una sola concentración transacciones estrechamente conectadas por estar relacionadas mediante condición o adoptar la forma de una serie de transacciones sobre títulos mobiliarios realizadas en un plazo razonablemente corto de tiempo.
- [...]
- (24) Para garantizar un régimen de competencia no distorsionada en el mercado común en desarrollo de una política guiada por el principio de una economía de mercado abierta con libre competencia, el presente Reglamento debe permitir un control efectivo de todas las concentraciones desde el punto de vista de su efecto sobre la competencia en la Comunidad. En consonancia, el Reglamento [n.º 4064/89] estableció el principio de que una concentración de dimensión comunitaria que crease o reforzase una posición dominante a consecuencia de la cual se obstaculizase de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo debía declararse incompatible con el mercado común.»
- 7 El artículo 1 del Reglamento n.º 139/2004 fija su ámbito de aplicación en los siguientes términos:
- «1. El presente Reglamento se aplicará a todas las concentraciones de dimensión comunitaria tal como se definen en los apartados 2 y 3 del presente artículo, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 4 y en el artículo 22.

2. Una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando:

- a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5 000 millones de euros, y
- b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros,

salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro.

3. Una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el apartado 2 tendrá dimensión comunitaria cuando:

- a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2 500 millones de euros;
- b) en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros;
- c) en al menos tres Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y
- d) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros,

salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.

[...]»

8 El artículo 3 de este Reglamento define el concepto de «concentración» como sigue:

«1. Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

- a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o
- b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas.

2. El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante:

- a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;

b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.

3. Se entenderá que han adquirido el control las personas o empresas:

a) que sean titulares de esos derechos o beneficiarios de esos contratos, o

b) que, sin ser titulares de dichos derechos ni beneficiarios de dichos contratos, puedan ejercer los derechos inherentes a los mismos.

[...]»

9 El artículo 21 del referido Reglamento, titulado «Aplicación del presente Reglamento y competencias», establece:

«1. El presente Reglamento solo será aplicable a las concentraciones definidas en el artículo 3, y los Reglamentos (CE) n.º 1/2003 [del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 CE y 82 CE (DO 2003, L 1, p. 1)], [n.º 1017/68, n.º 4056/86 y n.º 3975/87] no serán aplicables, salvo a las empresas en participación sin dimensión comunitaria cuyo objeto o efecto sea coordinar el comportamiento competitivo de empresas que sigan siendo independientes.

2. La Comisión tendrá competencia exclusiva para adoptar las decisiones previstas en el presente Reglamento, sujeta al control del Tribunal de Justicia.

3. Los Estados miembros se abstendrán de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a las concentraciones de dimensión comunitaria.

[...]»

10 El artículo 22, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004, titulado «Remisión a la Comisión», dispone:

«1. Uno o varios Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que examine cualquier concentración que se ajuste a la definición del artículo 3 y que no tenga dimensión comunitaria en el sentido del artículo 1, pero que afecte al comercio entre Estados miembros y amenace con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado miembro o de los Estados miembros que presentan la solicitud.

Esta solicitud deberá presentarse en un plazo máximo de 15 días laborables a partir de la fecha de notificación de la concentración o, si no se exige notificación, a partir de la fecha de su comunicación al Estado miembro en cuestión.»

Reglamento n.º 1/2003

11 El artículo 3 del Reglamento n.º 1/2003, titulado «Relación entre los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE] y las normas nacionales sobre competencia», está redactado como sigue:

«1. [...] Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica

abusiva prohibida por el artículo [102 TFUE], aplicarán también a la misma el artículo [102 TFUE].

2. [...] Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral.

3. Sin perjuicio de los principios generales y demás disposiciones del Derecho [de la Unión], los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen disposiciones nacionales relativas al control de las concentraciones [...]»

- 12 El artículo 5, párrafo primero, de dicho Reglamento establece que «las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos [101 TFUE y 102 TFUE] en asuntos concretos» y, a tal efecto, podrán adoptar decisiones i) que ordenen el cese de la infracción, ii) por las que se adopten medidas cautelares, iii) por las que se acepten compromisos y iv) que impongan multas sancionadoras, multas coercitivas o cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional.

Derecho francés

- 13 El artículo L. 420-2 del code de commerce (Código de Comercio) presenta el siguiente tenor:

«Quedará prohibida, en las condiciones previstas en el artículo L. 420-1, la explotación abusiva, por parte de una empresa o grupo de empresas, de una posición dominante en el mercado interior o una parte sustancial de este. Estas prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en negativas de venta, en ventas vinculadas o en condiciones de venta discriminatorias, así como en la ruptura de relaciones comerciales establecidas, por el solo motivo de que la contraparte se niegue a someterse a condiciones comerciales injustificadas.

Asimismo, queda prohibida, siempre que pueda afectar al funcionamiento o a la estructura de la competencia, la explotación abusiva, por una empresa o un grupo de empresas, de la situación de dependencia económica en la que se encuentre respecto a aquella una empresa cliente o proveedora. Tales prácticas abusivas podrán consistir, en particular, en la negativa de venta, en ventas vinculadas, en prácticas discriminatorias previstas en los artículos L. 442-1 a L. 442-3 o bien en un acuerdo sobre gamas de productos.»

- 14 El artículo L. 490-9 del Código de Comercio dispone:

«Para la aplicación de los artículos [101 TFUE] a [103 TFUE], el Ministro de Economía y los funcionarios que haya designado o autorizado de conformidad con las disposiciones del presente Código, por una parte, y la Autoridad de la Competencia, por otra, dispondrán de las facultades respectivas que les reconocen los artículos del presente Código y del Reglamento [n.º 139/2004] y el Reglamento [n.º 1/2003]. Les serán aplicables las normas de procedimiento establecidas en dichos textos.»

- 15 Además, el Derecho francés prevé un procedimiento de control obligatorio *ex ante* de las operaciones de concentración en las condiciones fijadas por el Código de Comercio, de manera que el artículo L. 430-1 de dicho Código define qué es una concentración y el artículo L. 430-2 fija los umbrales de volumen de negocios a partir de los que es aplicable el control nacional de las concentraciones.
- 16 El artículo L. 430-9 del Código de Comercio dispone, además, que, «en caso de explotación abusiva de una posición dominante o de un estado de dependencia económica, la Autoridad de Competencia podrá ordenar, mediante resolución motivada, a la empresa o al grupo de empresas de que se trate que modifiquen, completen o resuelvan, en un plazo determinado, todos los acuerdos y actos mediante los cuales se haya realizado la concentración de la fortaleza económica que haya permitido el abuso, aun cuando tales actos hayan sido objeto del procedimiento establecido en el presente título.»

Litigio principal y cuestión prejudicial

- 17 El 13 de octubre de 2016, Télédiffusion de France (TDF), que presta en Francia servicios de difusión de la televisión digital terrestre (TDT), adquirió el control exclusivo de Itas, sociedad que también ejerce su actividad en el sector de la difusión de la TDT, mediante la compra de la totalidad de las acciones de esta última.
- 18 La operación de adquisición de Itas, que no alcanzaba los umbrales establecidos en el artículo 1 del Reglamento n.º 139/2004 y en el artículo L. 430-2 del Código de Comercio, no había sido objeto de notificación ni de examen a efectos del control previo de las concentraciones. Esta operación tampoco dio lugar a un procedimiento de remisión a la Comisión con arreglo al artículo 22 del Reglamento n.º 139/2004.
- 19 El 15 de noviembre de 2017, Towercast, sociedad que presta servicios de difusión de la TDT en Francia, presentó ante la Autoridad de Competencia una denuncia relativa a una práctica seguida en el sector de la difusión hertziana terrestre. Towercast alegaba que la adquisición del control de Itas por parte de TDF, el 13 de octubre de 2016, constituía un abuso de posición dominante, en la medida en que obstaculizaba la competencia en los mercados mayoristas de producción y de distribución de servicios de difusión de TDT, reforzando significativamente la posición dominante de TDF en dichos mercados.
- 20 El 25 de junio de 2018, se notificó a TDF Infrastructure y a TDF Infrastructure Holding, así como a Tivana France Holdings, Tivana Midco y Tivana Topco (en lo sucesivo, conjuntamente, «Tivana») un pliego de cargos mediante el cual se les reprochaba «haber abusado, el 13 de octubre de 2016, siendo una única empresa a efectos del Derecho de la competencia, de su posición dominante en el mercado mayorista de distribución de servicios de difusión de TDT, al adquirir el control exclusivo del grupo Itas», práctica que podría tener como efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia en el mercado mayorista de distribución de servicios de difusión de TDT y que está prohibida por el artículo L. 420-2 del Código de Comercio y el artículo 102 TFUE.
- 21 Mediante la resolución n.º 20D-01, de 16 de enero de 2020, la Autoridad de Competencia decidió que no se había acreditado la imputación contra las sociedades del grupo TDF notificada y que no procedía continuar el procedimiento en cuestión. Siguiendo un análisis diferente del realizado por sus servicios de instrucción, dicha Autoridad consideró, en esencia, que la adopción del Reglamento n.º 4064/89 había trazado una línea clara de reparto entre el control de las

concentraciones y el control de las prácticas contrarias a la competencia y que el Reglamento n.º 139/2004, que le sucedió, se aplicaba con carácter exclusivo a las concentraciones definidas en el artículo 3 de dicho Reglamento y dejaba sin objeto la aplicación del artículo 102 TFUE a una operación de concentración, a falta de un comportamiento abusivo de la empresa afectada separable de dicha operación.

- 22 El 9 de marzo de 2020, Towercast interpuso un recurso contra la referida resolución ante el órgano jurisdiccional remitente.
- 23 En apoyo de este recurso, Towercast se basa en la sentencia de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can/Comisión* (6/72, EU:C:1973:22), alegando que, mediante esa sentencia, el Tribunal de Justicia había declarado que la Comisión podía aplicar legalmente a las operaciones de concentración entre empresas el artículo 86 del Tratado CEE (posteriormente artículo 82 CE, actualmente artículo 102 TFUE). Towercast considera que los principios enunciados en dicha sentencia siguen siendo pertinentes y que el establecimiento de un control previo de las concentraciones por los Reglamentos n.º 4064/89 y n.º 139/2004 no ha dejado sin objeto la aplicación del artículo 102 TFUE a una concentración que no reviste dimensión comunitaria. Aduce que el Reglamento n.º 139/2004 solo se aplica a las concentraciones comprendidas en su ámbito de aplicación, es decir, las de dimensión comunitaria o que las autoridades nacionales de competencia remitan a la Comisión. Invoca el efecto directo del artículo 102 TFUE y reivindica, en relación con las operaciones de concentración que no alcanzan los umbrales, un control *ex post* de compatibilidad con el citado artículo.
- 24 La Autoridad de Competencia mantiene ante el órgano jurisdiccional remitente el análisis desarrollado en su resolución, en particular sobre el alcance de la jurisprudencia derivada de la sentencia de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can/Comisión* (6/72, EU:C:1973:22), que, en su opinión, ha quedado sin objeto desde la creación de un régimen específico de control aplicable a las operaciones de concentración. Considera que el mecanismo así establecido excluye, por naturaleza, el examen *ex post* aplicable a las prácticas contrarias a la competencia. Alega que el artículo 3 del Reglamento n.º 139/2004 define las operaciones de concentración según un criterio material, sin hacer referencia a los umbrales del artículo 1 de este, de modo que su ámbito de aplicación no puede limitarse a las operaciones de concentración de dimensión comunitaria que alcancen dichos umbrales.
- 25 El órgano jurisdiccional remitente señala que el artículo 102 TFUE es una disposición de efecto directo cuya aplicación no está supeditada a la adopción previa de un reglamento de procedimiento. Observa también que el considerando 7 del Reglamento n.º 139/2004 precisa que «los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE], aunque aplicables a determinadas concentraciones según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no son suficientes para controlar todas las operaciones que puedan resultar incompatibles con el régimen de competencia no distorsionada previsto en el Tratado». Por consiguiente, se pregunta si la exclusión prevista en el artículo 21, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 se aplica también a las operaciones de concentración que no hayan sido objeto de ningún control *ex ante*.
- 26 El órgano jurisdiccional remitente observa que, si bien el Tribunal de Justicia indicó, en la sentencia de 7 de septiembre de 2017, *Austria Asphalt* (C-248/16, EU:C:2017:643), que el Reglamento n.º 139/2004 solo es aplicable a las concentraciones definidas en su artículo 3, a las que el Reglamento n.º 1/2003 no es, en principio, aplicable, el Tribunal de Justicia no ha aclarado cuáles son las excepciones que podrían establecerse a dicho principio, ni se ha pronunciado sobre el hecho de si la interpretación adoptada en la sentencia de 21 de febrero de 1973, *Europemballage*

y Continental Can/Comisión (6/72, EU:C:1973:22), puede seguir aplicándose, en particular, a las operaciones de concentración que no alcanzan los umbrales de control obligatorio, que no han sido objeto de análisis alguno en el marco de un control *ex ante* obligatorio, ni de ninguna solicitud de remisión a la Comisión con arreglo al artículo 22 del Reglamento n.º 139/2004.

- 27 El órgano jurisdiccional remitente considera que, por lo tanto, subsiste una duda en cuanto a la interpretación que debe realizarse de estas últimas disposiciones, relativa a la imposibilidad de hacer «en principio» una aplicación autónoma de las normas sobre competencia derivadas del Derecho primario a una operación que, como ocurre en el caso de autos, en primer lugar, puede responder a la definición del artículo 3 del Reglamento n.º 139/2004, en segundo lugar, no ha dado lugar a ningún control preventivo, ni sobre la base del Derecho de la Unión ni sobre la base del Derecho nacional aplicable a las operaciones de concentración, y no se expone así, en tercer lugar, debido a que tal operación no alcanza los umbrales de control *ex ante*, a ningún riesgo de aplicación acumulativa de los Reglamentos n.º 139/2004 y n.º 1/2003 o de contradicción resultante de un doble análisis *ex ante* y *ex post*.
- 28 Dicho órgano jurisdiccional señala, además, que el artículo 21, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 se aplicó de manera heterogénea en diferentes Estados miembros.
- 29 En estas circunstancias, la cour d'appel de Paris (Tribunal de Apelación de París, Francia) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«Debe interpretarse el artículo 21, apartado 1, del Reglamento [n.º 139/2004] en el sentido de que se opone a que una operación de concentración carente de dimensión comunitaria a efectos del artículo 1 del [Reglamento citado], que no alcanza los umbrales de control *ex ante* obligatorio establecidos por el Derecho nacional y que no ha dado lugar a un procedimiento de remisión a la Comisión Europea con arreglo al artículo 22 de dicho Reglamento, sea considerada por una autoridad nacional de competencia como constitutiva de un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 102 TFUE, a la luz de la estructura de la competencia en un mercado de dimensión nacional?»

Sobre la cuestión prejudicial

- 30 Mediante su cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pregunta si el artículo 21, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una operación de concentración de empresas carente de dimensión comunitaria a efectos del artículo 1 de dicho Reglamento, que no alcanza los umbrales de control *ex ante* obligatorio establecidos por el Derecho nacional y que no ha dado lugar a un procedimiento de remisión a la Comisión con arreglo al artículo 22 de dicho Reglamento, sea considerada por una autoridad nacional de competencia como constitutiva de un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 102 TFUE, a la luz de la estructura de la competencia en un mercado de dimensión nacional.
- 31 Según reiterada jurisprudencia, la interpretación de una disposición del Derecho de la Unión requiere tomar en consideración no solamente su tenor, sino también el contexto en el que se inscribe, así como los objetivos y la finalidad que persigue el acto del que forma parte. La génesis de una disposición del Derecho de la Unión también puede revelar elementos pertinentes para su interpretación [sentencia de 25 de junio de 2020, A y otros (Aerogeneradores en Aalter y Nevele), C-24/19, EU:C:2020:503, apartado 37 y jurisprudencia citada].

- 32 En lo que atañe, en primer lugar, al tenor del artículo 21, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004, de él se desprende que dicho Reglamento «solo será aplicable a las concentraciones definidas en el artículo 3», a las que, en principio, no se aplica el Reglamento n.º 1/2003.
- 33 Por lo tanto, el artículo 21, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 pretende regular el ámbito de aplicación de dicho Reglamento en lo que atañe al examen de las operaciones de concentración con respecto al de los demás actos de Derecho derivado de la Unión en materia de competencia.
- 34 En cambio, el examen del tenor de esta disposición no responde a la cuestión de si las disposiciones del Derecho primario y, en particular, el artículo 102 TFUE siguen siendo aplicables a una operación de concentración de empresas, en el sentido del artículo 3 del Reglamento n.º 139/2004, en concreto en el supuesto, como el controvertido en el litigio principal, de que la concentración de que se trate no haya alcanzado, por una parte, los umbrales de control establecidos por el Derecho de la Unión y por los Derechos nacionales y, por otra parte, no haya sido objeto de remisión a la Comisión con arreglo al artículo 22 de dicho Reglamento, de modo que no se ha efectuado ningún control *ex ante* a la luz del Derecho en materia de concentraciones.
- 35 Por lo que respecta, a continuación, a la génesis del artículo 21, apartado 1, de dicho Reglamento, esta disposición, que reproduce *mutatis mutandis* el tenor del artículo 22 del Reglamento n.º 4064/89, anteriormente aplicable, refleja la voluntad del legislador de la Unión, recordada en el considerando 7 de este último Reglamento, de precisar que los demás reglamentos que aplican el Derecho de la competencia dejan, en principio, de ser aplicables al conjunto de operaciones de concentración, a saber, tanto a las operaciones constitutivas de un abuso de posición dominante como a las operaciones de concentración que confieren a las empresas interesadas el poder de obstaculizar la competencia efectiva en el mercado interior.
- 36 Por último, en cuanto a los objetivos y al sistema general del Reglamento n.º 139/2004, procede señalar que, como indica su considerando 5, este Reglamento pretende garantizar que las reestructuraciones de empresas, en particular en forma de concentraciones, no causen un perjuicio duradero a la competencia. Por consiguiente, el Derecho de la Unión debe contener disposiciones que regulen las concentraciones que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. A este respecto, el legislador de la Unión ha querido precisar que el Reglamento n.º 139/2004 constituye el único instrumento procedimental aplicable al examen previo y centralizado de las concentraciones, que, conforme al considerando 6 del mencionado Reglamento, debe permitir un control efectivo de todas las concentraciones desde el punto de vista de su efecto sobre la estructura de la competencia (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de septiembre de 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, apartado 21, y de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, apartado 41).
- 37 Si bien, en virtud del sistema de «ventanilla única» establecido por dicho Reglamento, este constituye un instrumento procedimental específico destinado a ser aplicado con carácter exclusivo a las concentraciones de empresas que impliquen modificaciones estructurales importantes cuyo efecto en el mercado se extienda más allá de las fronteras nacionales de un Estado miembro, como se desprende del considerando 8 de dicho Reglamento, no puede deducirse de ello que ese legislador haya pretendido dejar sin objeto el control realizado a escala nacional de una operación de concentración a la luz del artículo 102 TFUE.

- 38 En este sentido, en el considerando 7 del Reglamento n.º 139/2004 se precisa que «los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE], aunque aplicables [...], no son suficientes para controlar todas las operaciones que puedan resultar incompatibles con el régimen de competencia no distorsionada previsto en el Tratado».
- 39 De esta última indicación se desprende que, lejos de privar a las autoridades competentes de los Estados miembros de la posibilidad de aplicar las disposiciones del Tratado en materia de competencia a las concentraciones, tal como se definen en el artículo 3 del Reglamento n.º 139/2004, este último Reglamento forma parte de un conjunto de medidas legislativas destinadas a aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE y a establecer un sistema de control que garantice que no se falsee la competencia en el mercado interior de la Unión (sentencias de 7 de septiembre de 2017, Austria Asphalt, C-248/16, EU:C:2017:643, apartado 31, y de 31 de mayo de 2018, Ernst & Young, C-633/16, EU:C:2018:371, apartado 55).
- 40 Procede recordar también que, para colmar las lagunas del sistema de protección contra las distorsiones de la competencia que pueden resultar de las reestructuraciones de las empresas, dicho Reglamento fue adoptado sobre la base del artículo 83 CE (actualmente artículo 103 TFUE), relativo a los reglamentos o a las directivas que pueden adoptarse para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, y del artículo 308 CE (actualmente artículo 352 TFUE), en virtud del cual la Unión puede dotarse de facultades de acción adicionales necesarias para la consecución de sus objetivos. Si bien el funcionamiento y el sistema de la protección que ofrece el Derecho de la Unión contra las distorsiones de la competencia eventualmente generadas por las operaciones de concentración van, por razones de seguridad jurídica, en el sentido de una aplicación prioritaria del mecanismo de control previo de las concentraciones, tal como se definen en el artículo 3 del Reglamento n.º 139/2004, ello no excluye la posibilidad de que una autoridad de la competencia considere, en determinadas circunstancias, una operación de concentración desde el punto de vista del artículo 102 TFUE.
- 41 Así pues, del sistema del Reglamento n.º 139/2004 se desprende que, aunque este establece un control *ex ante* de las operaciones de concentración de dimensión comunitaria, no excluye, sin embargo, un control *ex post* de las operaciones de concentración que no alcancen dicho umbral. Si bien es cierto que el artículo 3 de este Reglamento recoge una definición material de la concentración de empresas sin referencia a los umbrales en él mencionados, dicho Reglamento debe interpretarse a la luz de su contexto y, en particular, del artículo 1 y de sus considerandos 7 y 9. De ellos se desprende, por una parte, que este Reglamento solo se aplica a las concentraciones de dimensión comunitaria y, por otra parte, que se admite que determinadas concentraciones, al mismo tiempo, pueden escapar a un control *ex ante* y ser objeto de un control *ex post*.
- 42 La interpretación defendida en este caso por la Autoridad de Competencia, Tivana y TDF, así como por los Gobiernos francés y neerlandés, equivale en definitiva a excluir la aplicabilidad directa de una disposición del Derecho primario debido a la adopción de un acto de Derecho derivado relativo a determinados comportamientos de empresas en el mercado.
- 43 A este respecto, procede recordar que el artículo 102 TFUE declara que será incompatible con el mercado interior y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo.

- 44 Ha quedado acreditado que este artículo es una disposición de efecto directo cuya aplicación no está supeditada a la adopción previa de un reglamento de procedimiento. El referido artículo crea derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar (véase, en este sentido, la sentencia de 14 de marzo de 2019, *Skanska Industrial Solutions y otros*, C-724/17, EU:C:2019:204, apartado 24 y jurisprudencia citada).
- 45 En este contexto, también debe precisarse que a las explotaciones abusivas de una posición dominante no se les puede aplicar ninguna exención, sea del tipo que sea; tales explotaciones abusivas están prohibidas por el Tratado sin ningún paliativo. Extraer las consecuencias de dicha prohibición incumbe, según los casos, a las autoridades nacionales competentes o a la Comisión en el ámbito de sus respectivas competencias (sentencia de 11 de abril de 1989, *Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro*, 66/86, EU:C:1989:140, apartado 32).
- 46 Por lo que respecta a la lista de prácticas y de comportamientos recogidos en el artículo 102 TFUE, el Tribunal de Justicia ha declarado que esta no es limitativa, de modo que la enunciación de las prácticas abusivas contenida en esta disposición no agota las formas de explotación abusiva de posición dominante prohibidas por el Derecho de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can/Comisión*, 6/72, EU:C:1973:22, apartado 26, y de 17 de febrero de 2011, *TeliaSonera Sverige*, C-52/09, EU:C:2011:83, apartado 26).
- 47 Como ha subrayado la Comisión, la inaplicabilidad del Reglamento n.º 1/2003, y en particular de su artículo 5, relativo a la competencia de las autoridades de competencia de los Estados miembros para aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE a las operaciones de concentración definidas en el artículo 3 del Reglamento n.º 139/2004, no puede llevar a prohibir a las autoridades nacionales de competencia que apliquen el artículo 102 TFUE a concentraciones.
- 48 En efecto, no obstante el principio de aplicación exclusiva del Reglamento n.º 139/2004 a las operaciones de concentración, enunciado en el artículo 21, apartado 1, de dicho Reglamento, es el Derecho en materia de procedimiento de los Estados miembros el que se aplica a las concentraciones de dimensión no comunitaria.
- 49 Es cierto que la aplicación en la sentencia de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can/Comisión* (6/72, EU:C:1973:22), del artículo 86 del Tratado CEE (posteriormente artículo 82 CE, actualmente artículo 102 TFUE) en el contexto específico de las operaciones de concentración fue utilizada y percibida como un paliativo de la ausencia en el Tratado CEE de cualquier disposición explícita de control de estas operaciones. Dicho esto, con la entrada en vigor de disposiciones autónomas relativas al control de las concentraciones, tal como se prevén actualmente en el Reglamento n.º 139/2004, el recurso a las normas procedimentales relativas a la aplicación de los artículos 81 CE y 82 CE (actualmente artículos 101 TFUE y 102 TFUE), enunciadas en un primer momento por el Reglamento n.º 17 y posteriormente por el Reglamento n.º 1/2003, ha quedado sin objeto.
- 50 Así pues, el Reglamento n.º 139/2004 no puede oponerse a que una operación de concentración de dimensión no comunitaria, como la controvertida en el litigio principal, pueda ser objeto de control por las autoridades nacionales de defensa de la competencia y por los tribunales nacionales en virtud del efecto directo del artículo 102 TFUE recurriendo a sus propias normas de procedimiento.

- 51 En efecto, la prohibición establecida en el artículo 102 TFUE es suficientemente clara, precisa e incondicional, de modo que no es necesario establecer una norma de Derecho derivado que establezca o permita expresamente su aplicación por las autoridades y los tribunales nacionales.
- 52 De ello se deduce que puede aplicarse el artículo 102 TFUE a una operación de concentración que no alcance los umbrales de control previo previstos, respectivamente, por el Reglamento n.º 139/2004 y por el Derecho nacional aplicable, cuando concurren los requisitos establecidos en dicho artículo para determinar la existencia de un abuso de posición dominante. Corresponde, en particular, a la autoridad que conoce del asunto comprobar que el adquirente que ocupa una posición dominante en un mercado determinado y que ha adquirido el control de otra empresa en dicho mercado ha obstaculizado sustancialmente, mediante el referido comportamiento, la competencia en ese mercado. A este respecto, la mera constatación de un refuerzo de la posición de una empresa no es suficiente para calificarlo de abuso, ya que debe establecerse que el grado de dominación así alcanzado obstaculiza sustancialmente la competencia, es decir, que solo deja subsistir a las empresas dependientes, en cuanto a su comportamiento, de la empresa dominante (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can/Comisión*, 6/72, EU:C:1973:22, apartado 26, y de 16 de marzo de 2000, *Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión*, C-395/96 P y C-396/96 P, EU:C:2000:132, apartado 113).
- 53 Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión prejudicial planteada que el artículo 21, apartado 1, del Reglamento n.º 139/2004 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una operación de concentración de empresas carente de dimensión comunitaria a efectos del artículo 1 de dicho Reglamento, que no alcanza los umbrales de control *ex ante* obligatorio previstos por el Derecho nacional y que no ha dado lugar a un procedimiento de remisión a la Comisión con arreglo al artículo 22 de dicho Reglamento, sea considerada por una autoridad de competencia de un Estado miembro como constitutiva de un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 102 TFUE, a la luz de la estructura de la competencia en un mercado de dimensión nacional.

Limitación en el tiempo de los efectos de la presente sentencia

- 54 En sus observaciones escritas y orales, TDF y Tivana han solicitado al Tribunal de Justicia que limitase en el tiempo los efectos de la presente sentencia en caso de declarar que una operación que no supera los umbrales de control de las concentraciones y que no es objeto de remisión a la Comisión con arreglo al artículo 22 del Reglamento n.º 139/2004 puede examinarse a la luz del artículo 102 TFUE.
- 55 En apoyo de su solicitud, TDF y Tivana alegan, en esencia, que tal sentencia generaría consecuencias graves en términos de seguridad jurídica no solo para ellas, sino también para el conjunto de empresas que hayan realizado de buena fe operaciones de concentración por debajo de los umbrales, operaciones que en lo sucesivo podrían impugnarse ante las autoridades o los tribunales nacionales sobre la base del artículo 102 TFUE.
- 56 A este respecto, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia, la interpretación de una norma del Derecho de la Unión efectuada por el Tribunal de Justicia, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 267 TFUE, aclara y precisa el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma que ha sido interpretada puede y debe ser aplicada por el juez a las relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de que se haya pronunciado la

sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación si, además, se cumplen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma [sentencia de 24 de noviembre de 2020, Openbaar Ministerie (Falsedad documental), C-510/19, EU:C:2020:953, apartado 73 y jurisprudencia citada].

- 57 Solo con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia, aplicando el principio general de seguridad jurídica inherente al ordenamiento jurídico de la Unión, limitar la posibilidad de que los interesados invoquen una disposición por él interpretada con el fin de cuestionar relaciones jurídicas establecidas de buena fe. Para poder decidir dicha limitación, es necesario que concurren dos criterios esenciales, a saber, la buena fe de los círculos interesados y el riesgo de trastornos graves [sentencia de 24 de noviembre de 2020, Openbaar Ministerie (Falsedad documental), C-510/19, EU:C:2020:953, apartado 74 y jurisprudencia citada].
- 58 En el caso de autos, por lo que respecta, en primer lugar, al criterio relativo a la buena fe de los círculos interesados, procede señalar que la interpretación del Derecho de la Unión dada por el Tribunal de Justicia en la presente sentencia se inscribe en la línea de la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia y del Tribunal General relativa al efecto directo del artículo 102 TFUE y a las consecuencias inherentes a este. TDF y Tivana no pueden alegar válidamente que podían esperar que la operación de concentración controvertida en el litigio principal no se examinaría a la luz del artículo 102 TFUE debido a una incertidumbre objetiva e importante en cuanto al alcance jurídico de dicho artículo del Tratado FUE.
- 59 En segundo lugar, procede señalar que ni la petición de decisión prejudicial ni las observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia contienen elementos que permitan demostrar que la interpretación adoptada por el Tribunal de Justicia en la presente sentencia implica un riesgo de trastornos graves, a falta de indicación precisa sobre el número de relaciones jurídicas que pueden verse afectadas por dicha interpretación.
- 60 Además, la interpretación del Derecho de la Unión realizada por el Tribunal de Justicia en la presente sentencia se refiere a la posibilidad de que una autoridad nacional de competencia examine desde el punto de vista del artículo 102 TFUE una operación de concentración carente de dimensión comunitaria a efectos del artículo 1 del Reglamento n.º 139/2004, que no alcanza los umbrales de control *ex ante* obligatorio previstos por el Derecho nacional y que no ha dado lugar a un procedimiento de remisión a la Comisión con arreglo al artículo 22 de dicho Reglamento. Tal interpretación no implica necesariamente que esta operación esté en peligro de ser puesta en entredicho, menoscabando así el derecho de propiedad y entrañando consecuencias financieras considerables.
- 61 Por lo tanto, tampoco puede considerarse acreditada la existencia de un riesgo de trastornos graves que justifique una limitación en el tiempo de los efectos de la presente sentencia.
- 62 En estas circunstancias, no procede limitar en el tiempo los efectos de la presente sentencia.

Costas

- 63 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a este resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) declara:

El artículo 21, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas,

debe interpretarse en el sentido de que

no se opone a que una operación de concentración de empresas carente de dimensión comunitaria a efectos del artículo 1 de dicho Reglamento, que no alcanza los umbrales de control *ex ante* obligatorio previstos por el Derecho nacional y que no ha dado lugar a un procedimiento de remisión a la Comisión con arreglo al artículo 22 de dicho Reglamento, sea considerada por una autoridad de competencia de un Estado miembro como constitutiva de un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 102 TFUE, a la luz de la estructura de la competencia en un mercado de dimensión nacional.

Firmas