



## Coletânea da Jurisprudência

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção)

16 de março de 2023 \*

«Reenvio prejudicial — Concorrência — Controlo das concentrações de empresas — Regulamento (CE) n.º 139/2004 — Artigo 21.º, n.º 1 — Aplicação exclusiva deste regulamento às operações abrangidas pelo conceito de “concentração” — Alcance — Operação de concentração sem dimensão comunitária, situada abaixo dos limiares de controlo *ex ante* obrigatório previstos pelo direito de um Estado-Membro e que não foi objeto de remessa à Comissão Europeia — Controlo pelas autoridades desse Estado-Membro responsáveis em matéria de concorrência de uma tal operação à luz do artigo 102.º TFUE — Admissibilidade»

No processo C-449/21,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pela cour d’appel de Paris (Tribunal de Recurso de Paris, França), por Decisão de 1 de julho de 2021, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 21 de julho de 2021, no processo

**Towercast SASU**

contra

**Autorité de la concurrence,**

**Ministre chargé de l’économie,**

sendo intervenientes:

**Tivana Topco SA,**

**Tivana Midco SARL,**

**TDF Infrastructure Holding SAS,**

**TDF Infrastructure SAS,**

**Tivana France Holdings SAS,**

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Segunda Secção),

composto por: A. Prechal, presidente de secção, M. L. Arastey Sahún, F. Biltgen, N. Wahl (relator) e J. Passer, juízes,

\* Língua do processo: francês.

advogado-geral: J. Kokott,

secretário: A. Calot Escobar,

vistos os autos e após a audiência de 6 de julho de 2022,

vistas as observações apresentadas:

- em representação da Towercast SASU, por P. Mèle e D. Théophile, avocats,
- em representação da Autorité de la concurrence, por E. Combe e J. Neto, na qualidade de agentes, assistidos por Y. Anselin, avocat,
- em representação da Tivana Midco SARL e da Tivana Topco SA, por S. Hamon e M.-C. Rameau, avocates,
- em representação da Tivana France Holdings SAS, da TDF Infrastructure SAS, da TDF Infrastructure Holding SAS, por H. Calvet, Y. Chevalier, A. Helfer, F. Salat-Baroux e Y. Trifounovitch, avocats,
- em representação do Governo francês, por G. Bain, A.-L. Desjonquères e P. Dodeller, na qualidade de agentes,
- em representação do Governo italiano, por G. Palmieri, na qualidade de agente, assistida por G. Aiello, avvocato dello Stato,
- em representação do Governo neerlandês, por K. Bulterman, P. Huurnink e C. S. Schillemans, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão Europeia, por T. Baumé, P. Berghe e F. Castillo de la Torre, na qualidade de agentes,

ouvidas as conclusões da advogada-geral na audiência de 13 de outubro de 2022,

profere o presente

### **Acórdão**

- 1 O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação do artigo 21.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO 2004, L 24, p. 1).
- 2 Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Towercast SASU à Autorité de la concurrence (Autoridade da Concorrência, França) e ao ministre chargé de l'économie (Ministro da Economia, França), a respeito de uma decisão de indeferimento da reclamação da Towercast por abuso de posição dominante.

## Quadro jurídico

### *Direito da União*

#### *Regulamento (CEE) n.º 4064/89*

3 O Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO 1989, L 395, p. 1), entrou em vigor em 21 de setembro de 1990. Nos termos dos considerandos 6 e 8 deste regulamento:

«(6) Considerando que os artigos 85.º e 86.º do Tratado [CEE], embora aplicáveis, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a determinadas concentrações, não são todavia suficientes para impedir todas as operações suscetíveis de se revelar incompatíveis com o regime de concorrência não falseada previsto no Tratado;

(7) Considerando, por conseguinte, que se impõe a criação de um novo instrumento jurídico, sob a forma de regulamento, que permita um controlo eficaz de todas as operações de concentração em função do seu efeito sobre a estrutura da concorrência na Comunidade [Económica Europeia] e que seja o único aplicável às referidas concentrações;

(8) Considerando que esse regulamento se deve basear, por conseguinte, não apenas no artigo 87.º do Tratado [CEE], mas principalmente no seu artigo 235.º, por força do qual a Comunidade se pode dotar dos poderes de ação necessários à realização dos seus objetivos, também no que respeita às concentrações nos mercados dos produtos agrícolas referidos no anexo II do Tratado [CEE].»

4 O artigo 22.º do referido regulamento dispunha:

«1. O presente regulamento é exclusivamente aplicável às operações de concentração definidas no artigo 3.º

2. Os Regulamentos n.º 17 [do Conselho, de 6 de fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de Execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado [CEE] (JO 1962, 13, p. 204, EE 08 F1 p.22)], (CEE) n.º 1017/68 [do Conselho, de 19 de julho de 1968, relativo à aplicação de regras de concorrência nos setores dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável (JO 1968, L 175, p. 1, EE 08 F1 p. 106)], (CEE) n.º 4056/86 [do Conselho, de 22 de dezembro de 1986, que determina as regras de aplicação aos transportes marítimos dos artigos 85.º e 86.º do Tratado [CEE] (JO 1986, L 378, p. 4),] e (CEE) n.º 3975/87 [do Conselho, de 14 de dezembro de 1987, que estabelece o procedimento relativo às regras de concorrência aplicáveis às empresas do setor dos transportes aéreos (JO 1987, L 374, p. 1),] não são aplicáveis às concentrações definidas no artigo 3.º

3. Se verificar, a pedido de um Estado-Membro, que uma operação de concentração, tal como definida no artigo 3.º mas sem dimensão comunitária na aceção do artigo 1.º, cria ou reforça uma posição dominante, dando assim origem a entraves significativos a uma concorrência efetiva no território do Estado-Membro em questão, a Comissão [Europeia] pode, na medida em que essa concentração afete o comércio entre Estados-Membros, tomar as decisões previstas nos n.º 2, segundo parágrafo, e n.ºs 3 e 4 do artigo 8.º

[...]

5. Em aplicação do n.º 3, a Comissão limitar-se-á a tomar as medidas necessárias para preservar ou restabelecer uma concorrência efetiva no território do Estado-Membro a pedido do qual a Comissão interveio.

[...]»

*Regulamento n.º 139/2004*

5 Sem prejuízo das disposições transitórias enunciadas no seu artigo 26.º, n.º 2, o Regulamento n.º 139/2004 revogou e substituiu, com efeitos a partir de 1 de maio de 2004, o Regulamento n.º 4064/89.

6 Os considerandos 2, 5 a 9, 20 e 24 do Regulamento n.º 139/2004 enunciam:

«(2) Com vista à realização dos objetivos do Tratado [CE], a alínea g) do n.º 1 do artigo 3.º confia à Comunidade [Europeia] a incumbência do estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno. [...]

[...]

(5) [...] é necessário garantir que o processo de reestruturação não acarrete um prejuízo duradouro para a concorrência. O direito comunitário deverá, conseqüentemente, conter normas aplicáveis às concentrações suscetíveis de entravar de modo significativo uma concorrência efetiva no mercado comum ou numa parte substancial deste último.

(6) Impõe-se, por conseguinte, a criação de um instrumento jurídico específico que permita um controlo eficaz de todas as concentrações em função do seu efeito sobre [a] estrutura da concorrência na Comunidade e que seja o único aplicável às referidas concentrações. O Regulamento [n.º 4064/89] permitiu desenvolver uma política comunitária neste domínio. Todavia, é conveniente que hoje, à luz da experiência adquirida, se proceda à reformulação deste regulamento a fim de prever disposições adaptadas aos desafios de um mercado mais integrado e de um futuro alargamento da União Europeia. Em conformidade com os princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade consagrados no artigo 5.º [CE], o presente regulamento não excede o necessário para atingir o objetivo de garantir que a concorrência não seja falseada no mercado comum, em conformidade com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência.

(7) Os artigos 81.º e 82.º [CE], embora aplicáveis, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a determinadas concentrações, não são suficientes para abranger todas as operações suscetíveis de se revelarem incompatíveis com o regime de concorrência não falseada previsto no Tratado [CE]. O presente regulamento deverá, por conseguinte, basear-se não apenas no artigo 83.º [CE], mas principalmente no artigo 308.º [CE], por força do qual a Comunidade se pode dotar dos poderes de ação necessários à realização dos seus objetivos, também no que respeita às concentrações nos mercados dos produtos agrícolas referidos no anexo I do Tratado [CE].

- (8) As disposições a adotar no presente regulamento deverão ser aplicáveis às modificações estruturais importantes cujos efeitos no mercado se projetem para além das fronteiras nacionais de um Estado-Membro. Tais concentrações deverão, regra geral, ser exclusivamente apreciadas a nível comunitário, em conformidade com o sistema de “balcão único” e com o princípio da subsidiariedade. [...]
- (9) É conveniente definir o âmbito de aplicação do presente regulamento em função do domínio geográfico da atividade das empresas em causa, circunscrevendo-o mediante limiares de natureza quantitativa, a fim de abranger as concentrações que se revestem de uma dimensão comunitária. [...]

[...]

- (20) O conceito de concentração deverá ser definido de modo a abranger as operações de que resulte uma alteração duradoura no controlo das empresas em causa e, por conseguinte, na estrutura do mercado. Consequentemente, é adequado incluir no âmbito de aplicação do presente regulamento todas as empresas comuns que desempenhem de forma duradoura todas as funções de uma entidade económica autónoma. É, além disso, adequado considerar como uma única concentração operações que apresentem ligações estreitas na medida em que estejam ligadas por condição ou assumam a forma de uma série de transações de títulos que tem lugar num prazo razoavelmente curto.

[...]

- (24) Por forma a garantir um regime de concorrência não falseada no mercado comum, na prossecução de uma política conduzida em conformidade com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência, o presente regulamento deverá permitir o controlo efetivo de todas as concentrações em função dos seus efeitos na concorrência na Comunidade. Por conseguinte, o Regulamento [n.º 4064/89] estabeleceu o princípio segundo o qual as concentrações de dimensão comunitária que criam ou reforçam uma posição dominante de que resulta um entrave significativo da concorrência efetiva no mercado comum ou numa parte substancial deste deverão ser declaradas incompatíveis com o mercado comum.»

7 O artigo 1.º do Regulamento n.º 139/2004 estabelece o seu âmbito de aplicação nestes termos:

«1. Sem prejuízo do n.º 5 do artigo 4.º e do artigo 22.º, o presente regulamento é aplicável a todas as concentrações de dimensão comunitária definidas no presente artigo.

2. Uma concentração tem dimensão comunitária quando:

- a) O volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 5 000 milhões de euros; e
- b) O volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de euros,

a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro.

3. Uma concentração que não atinja os limiares estabelecidos no n.º 2 tem dimensão comunitária quando:

- a) O volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 2 500 milhões de euros;
- b) Em cada um de pelo menos três Estados-Membros, o volume de negócios total realizado pelo conjunto das empresas em causa for superior a 100 milhões de euros;
- c) Em cada um de pelo menos três Estados-Membros considerados para efeitos do disposto na alínea b), o volume de negócios total realizado individualmente por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 25 milhões de euros; e
- d) O volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 100 milhões de euros,  
a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-Membro.

[...]»

8 O artigo 3.º deste regulamento define o conceito de «concentração» nos seguintes termos:

«1. Realiza-se uma operação de concentração quando uma mudança de controlo duradoura resulta da:

- a) Fusão de duas ou mais empresas ou partes de empresas anteriormente independentes; ou
- b) Aquisição por uma ou mais pessoas, que já detêm o controlo de pelo menos uma empresa, ou por uma ou mais empresas por compra de partes de capital ou de elementos do ativo, por via contratual ou por qualquer outro meio, do controlo direto ou indireto do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas.

2. O controlo decorre dos direitos, contratos ou outros meios que conferem, isoladamente ou em conjunto, e tendo em conta as circunstâncias de facto e de direito, a possibilidade de exercer uma influência determinante sobre uma empresa e, nomeadamente:

- a) Direitos de propriedade ou de uso ou de fruição sobre a totalidade ou parte dos ativos de uma empresa;
- b) Direitos ou contratos que conferem uma influência determinante na composição, nas deliberações ou nas decisões dos órgãos de uma empresa.

3. O controlo é adquirido pelas pessoas ou pelas empresas:

- a) Que sejam titulares desses direitos ou beneficiários desses contratos; ou
- b) Que, não sendo titulares desses direitos nem beneficiários desses contratos, tenham o poder de exercer os direitos deles decorrentes.

[...]»

- 9 O artigo 21.º do referido regulamento, sob a epígrafe «Aplicação do regulamento e competência», enuncia:

«1. Apenas o presente regulamento se aplica às concentrações definidas no artigo 3.º, e os Regulamentos do Conselho (CE) n.º 1/2003 [ , de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º [CE] (JO 2003, L 1, p. 1)], [n.ºs 1017/68, 4056/86 e 3975/87,] não são aplicáveis salvo no que se refere às empresas comuns sem dimensão comunitária e que tenham por objeto ou efeito a coordenação do comportamento concorrencial de empresas que se mantenham independentes.

2. Sob reserva do controlo do Tribunal de Justiça, a Comissão tem competência exclusiva para tomar as decisões previstas no presente regulamento.

3. Os Estados-Membros não podem aplicar a sua legislação nacional sobre a concorrência às concentrações de dimensão comunitária.

[...]»

- 10 O artigo 22.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004, sob a epígrafe «Remessa à Comissão», dispõe:

«1. Um ou mais Estados-Membros podem solicitar à Comissão que examine qualquer concentração, tal como definida no artigo 3.º, que não tenha dimensão comunitária na aceção do artigo 1.º, mas que afete o comércio entre Estados-Membros e ameace afetar significativamente a concorrência no território do Estado-Membro ou Estados-Membros que apresentam o pedido.

Esse pedido deve ser apresentado no prazo máximo de 15 dias úteis a contar da data de notificação da concentração ou, caso não seja necessária notificação, da data em que foi dado conhecimento da concentração ao Estado-Membro em causa.»

#### *Regulamento n.º 1/2003*

- 11 O artigo 3.º do Regulamento n.º 1/2003, sob a epígrafe «Relação entre os artigos [101.º] e [102.º TFUE] e as legislações nacionais em matéria de concorrência», dispõe:

«1. [...] Sempre que as autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência ou os tribunais nacionais apliquem a legislação nacional em matéria de concorrência a qualquer abuso proibido pelo artigo [102.º TFUE], devem aplicar igualmente o artigo [102.º TFUE].

2. [...] Nos termos do presente regulamento, os Estados-Membros não estão impedidos de aprovar e aplicar no seu território uma legislação nacional mais restritiva que proíba atos unilaterais de empresas ou que imponha sanções por esses atos.

3. Sem prejuízo dos princípios gerais e de outras disposições do direito [da União], os n.ºs 1 e 2 não se aplicam sempre que as autoridades responsáveis em matéria de concorrência e os tribunais dos Estados-Membros apliquem a legislação nacional relativa ao controlo das concentrações [...].»

- 12 O artigo 5.º, primeiro parágrafo, deste regulamento prevê que «[a]s autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência têm competência para aplicar, em processos individuais, [os artigos 101.º e 102.º TFUE]» e podem, para o efeito, tomar decisões i) exigindo que seja posto termo à infração, ii) ordenando medidas provisórias, iii) aceitando compromissos e iv) aplicando coimas, sanções pecuniárias compulsórias ou qualquer outra sanção prevista pelo respetivo direito nacional.

### *Direito francês*

- 13 Nos termos do artigo L. 420-9 do code de commerce (Código Comercial, França):

«É proibida, nos termos do artigo L 420-1, a exploração abusiva, por uma empresa ou grupo de empresas, de uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Tais abusos podem consistir, designadamente, na recusa de venda, vendas subordinadas ou condições de venda discriminatórias, bem como na rutura das relações comerciais estabelecidas, com o único fundamento de o parceiro recusar submeter-se a condições comerciais injustificadas.

É, além disso, proibida, desde que seja suscetível de afetar o funcionamento ou a estrutura da concorrência, a exploração abusiva, por uma empresa ou grupo de empresas, do estado de dependência económica em que se encontra, relativamente a elas, uma empresa cliente ou fornecedora. Tais abusos podem consistir, designadamente, na recusa de venda, em vendas subordinadas, nas práticas discriminatórias referidas nos artigos L 442-1 a L. 442-3, ou em acordos de gama.»

- 14 O artigo L. 490-9 do Código Comercial enuncia:

«Para efeitos da aplicação dos artigos [101.º] a [103.º TFUE], o ministro responsável pela Economia e os funcionários por ele designados ou habilitados em conformidade com as disposições do presente código, por um lado, a Autoridade da Concorrência, por outro, dispõem das respetivas competências que lhe foram reconhecidas pelos artigos do presente código e do Regulamento [n.º 139/2004] e pelo Regulamento [n.º 1/2003]. As regras processuais previstas pelos presentes textos são-lhe aplicáveis.»

- 15 O direito francês prevê, além disso, um procedimento de controlo obrigatório *ex ante* das operações de concentração nas condições estabelecidas pelo Código Comercial, definindo o artigo L. 430-1 deste código o que é uma concentração e estabelecendo o artigo L. 430-2 os limiares do volume de negócios a partir dos quais o controlo nacional das concentrações é aplicável.
- 16 O artigo L. 430-9 do Código Comercial dispõe, por outro lado, que «[a] Autoridade da Concorrência pode, em caso de exploração abusiva de uma posição dominante ou de uma situação de dependência económica, ordenar, por decisão fundamentada, que a empresa ou o grupo de empresas em causa altere, complete ou rescinda, num determinado prazo, todos os acordos e atos através dos quais realizou a concentração do poder económico que permitiu o abuso, mesmo que esses atos tenham sido objeto do procedimento previsto no presente título.»



## Litígio no processo principal e questão prejudicial

- 17 Em 13 de outubro de 2016, a Télédiffusion de France (TDF), que fornece em França serviços de difusão da televisão digital terrestre (TDT), assumiu o controlo exclusivo da Itas, sociedade igualmente ativa no setor da difusão da TDT, adquirindo a totalidade das ações desta última.
- 18 A operação de aquisição da Itas, situada abaixo dos limiares definidos no artigo 1.º do Regulamento n.º 139/2004 e no artigo L. 430-2 do Código Comercial, não tinha sido objeto de notificação nem de uma análise a título de controlo prévio das concentrações. Esta operação também não deu lugar a um procedimento de remessa à Comissão ao abrigo do artigo 22.º do Regulamento n.º 139/2004.
- 19 Em 15 de novembro de 2017, a Towercast, sociedade que presta serviços de difusão da TDT em França, apresentou à Autoridade da Concorrência uma reclamação relativa a uma prática implementada no setor da difusão hertziana terrestre. A Towercast alegava que a tomada de controlo da Itas pela TDF, em 13 de outubro de 2016, constituía um abuso de posição dominante, na medida em que colocava entraves à concorrência nos mercados grossistas, a montante e a jusante, da difusão da TDT, reforçando significativamente a posição dominante da TDF nesses mercados.
- 20 Em 25 de junho de 2018, foi enviada uma nota de ilicitude à TDF infrastructure e à TDF infrastructure Holding, bem como à Tivana France Holdings, à Tivana Midco e à Tivana Topco (a seguir, em conjunto, «Tivana»), acusando-as de «em 13 de outubro de 2016, na qualidade de empresa única, na aceção do direito da concorrência, terem abusado da sua posição dominante no mercado grossista a jusante dos serviços de difusão da TDT, ao assumirem o controlo exclusivo do grupo Itas», sendo esta prática suscetível de ter por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado grossista a jusante dos serviços de difusão da TDT e proibida pelo artigo L.420-2 do Código Comercial e pelo artigo 102.º TFUE.
- 21 Através da Decisão n.º 20-D-01, de 16 de janeiro de 2020, a Autoridade da Concorrência decidiu que a acusação notificada às sociedades do grupo TDF não estava provada e que não havia que prosseguir o procedimento em causa. Adotando uma análise diferente da adotada pelos seus serviços que instruíram o processo, esta autoridade considerou, em substância, que a adoção do Regulamento n.º 4064/89 tinha traçado uma linha divisória clara entre o controlo das concentrações e o controlo das práticas anticoncorrenciais e que o Regulamento n.º 139/2004, que lhe sucedeu, se aplicava a título exclusivo às concentrações definidas no artigo 3.º deste regulamento, tendo a aplicação do artigo 102.º TFUE a uma operação de concentração perdido o seu objeto na falta de um comportamento abusivo da empresa requerida, destacável dessa operação.
- 22 Em 9 de março de 2020, a Towercast interpôs recurso dessa decisão para o órgão jurisdicional de reenvio.
- 23 Para fundamentar esse recurso, a Towercast baseia-se no Acórdão de 21 de fevereiro de 1973, Europemballage e Continental Can/Comissão (6/72, EU:C:1973:22), alegando que, nesse acórdão, o Tribunal de Justiça tinha declarado que a Comissão podia legalmente aplicar às operações de concentração de empresas o artigo 86.º do Tratado CEE (que passou a artigo 82.º CE, dando, por sua vez, lugar ao artigo 102.º TFUE). A Towercast considera que os princípios enunciados nesse acórdão mantêm pertinência. A instituição de um controlo prévio das concentrações pelos Regulamentos n.ºs 4064/89 e 139/2004 não tornou irrelevante a aplicação do artigo 102.º TFUE a

uma concentração sem dimensão comunitária. O Regulamento n.º 139/2004 aplica-se exclusivamente às concentrações que se encontram no seu âmbito de aplicação, isto é, às de dimensão comunitária ou remetidas à Comissão pelas autoridades nacionais da concorrência. A Towercast baseia-se no efeito direto do artigo 102.º TFUE e reivindica, no que respeita às operações situadas abaixo dos limiares, um controlo *ex post* de compatibilidade com este artigo.

- 24 A Autoridade da Concorrência mantém a análise desenvolvida na sua decisão perante o órgão jurisdicional de reenvio, nomeadamente no que respeita ao alcance da jurisprudência resultante do Acórdão de 21 de fevereiro de 1973, *Europemballage e Continental Can/Comissão* (6/72, EU:C:1973:22), que, em seu entender, perdeu o seu objeto desde a criação de um regime específico de controlo aplicável às operações de concentração. A Autoridade da Concorrência considera que o mecanismo assim instituído exclui intrinsecamente o exame *ex post* aplicável às práticas anticoncorrenciais. A mesma alega que o artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004 define as operações de concentração segundo um critério material, sem referência aos limiares do seu artigo 1.º, pelo que o seu âmbito de aplicação não pode ser restringido às operações de concentração de dimensão comunitária, situadas acima desses limiares.
- 25 O órgão jurisdicional de reenvio salienta que o artigo 102.º TFUE é uma disposição de efeito direto cuja aplicação não está subordinada à prévia adoção de um regulamento processual. Observa também que o considerando 7 do Regulamento n.º 139/2004 precisa que «[o]s artigos [101.º e 102.º TFUE], embora aplicáveis, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça [...], a determinadas concentrações, não são suficientes para abranger todas as operações suscetíveis de se revelarem incompatíveis com o regime de concorrência não falseada previsto no Tratado». Por conseguinte, interroga-se sobre a questão de saber se a exclusão prevista no artigo 21.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 se aplica igualmente às operações de concentração que não foram objeto de qualquer controlo *ex ante*.
- 26 O órgão jurisdicional de reenvio observa que, embora o Tribunal de Justiça tenha indicado, no Acórdão de 7 de setembro de 2017, *Austria Asphalt* (C-248/16, EU:C:2017:643), que o Regulamento n.º 139/2004 apenas é aplicável às concentrações como definidas no artigo 3.º desse regulamento, relativamente às quais o Regulamento n.º 1/2003 não é, em princípio, aplicável, o Tribunal de Justiça não explicitou as exceções que poderiam ser introduzidas a esse princípio e não se pronunciou sobre a questão de saber se a interpretação seguida no Acórdão de 21 de fevereiro de 1973, *Europemballage e Continental Can/Comissão* (6/72, EU:C:1973:22), é ainda suscetível de ser aplicada, em especial às operações de concentração situadas abaixo dos limiares de controlo obrigatório, que não foram objeto de análise no âmbito de um controlo *ex ante* obrigatório nem de um pedido de remessa à Comissão em aplicação do artigo 22.º do Regulamento n.º 139/2004.
- 27 O órgão jurisdicional de reenvio considera que subsiste, por conseguinte, uma dúvida quanto à interpretação que deve ser dada a estas últimas disposições, relativas à impossibilidade de fazer «em princípio» uma aplicação autónoma das regras de concorrência resultantes do direito primário a uma operação que, como no caso em apreço, primeiro, é suscetível de corresponder à definição dada no artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004, segundo, não deu lugar a nenhum controlo preventivo, tanto com base no direito da União como no direito nacional aplicável às operações de concentração, e, terceiro, não se expõe assim, devido ao facto de tal operação estar abaixo dos limiares de controlo *ex ante*, a qualquer risco de aplicação cumulativa dos Regulamentos n.ºs 139/2004 e 1/2003 ou de contradição resultante de uma dupla análise *ex ante* e *ex post*.

- 28 Esse órgão jurisdicional salienta, além disso, que o artigo 21.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 foi aplicado de maneira heterogénea em diferentes Estados-Membros.
- 29 Foi nestas circunstâncias que a cour d'appel de Paris (Tribunal de Recurso de Paris, França) decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Deve o artigo 21.º, n.º 1, do Regulamento [n.º 139/2004] ser interpretado no sentido de que se opõe a que uma operação de concentração, que não tem dimensão comunitária na aceção do artigo 1.º do referido regulamento, situada abaixo dos limiares de controlo *ex ante* obrigatório previstos pelo direito nacional e que não foi objeto de remessa à Comissão Europeia ao abrigo do artigo 22.º do referido regulamento, seja apreciada por uma autoridade nacional da concorrência como constitutiva de um abuso de posição dominante proibido pelo artigo 102.º TFUE, tendo em conta a estrutura da concorrência num mercado de dimensão nacional?»

### Quanto à questão prejudicial

- 30 Com a sua questão, o órgão jurisdicional de reenvio pergunta se o artigo 21.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que uma operação de concentração de empresas sem dimensão comunitária, na aceção do artigo 1.º deste regulamento, situada abaixo dos limiares de controlo *ex ante* obrigatório previstos pelo direito nacional e que não foi objeto de remessa à Comissão Europeia ao abrigo do artigo 22.º do referido regulamento, seja apreciada por uma autoridade nacional da concorrência como constitutiva de um abuso de posição dominante proibido no artigo 102.º TFUE tendo em conta a estrutura da concorrência num mercado de dimensão nacional.
- 31 Segundo jurisprudência constante, a interpretação de uma disposição do direito da União exige que se tenha em conta não só os seus termos mas também o contexto em que se insere, bem como os objetivos e a finalidade que prossegue o ato de que faz parte. A génese de uma disposição do direito da União pode igualmente revelar elementos pertinentes para a sua interpretação [Acórdão de 25 de junho de 2020, A e o. (Turbinas eólicas em Aalter e Nevele), C-24/19, EU:C:2020:503, n.º 37 e jurisprudência referida].
- 32 No que respeita, antes de mais, à redação do artigo 21.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004, dela resulta que «apenas» este regulamento «se aplica às concentrações definidas no artigo 3.º», relativamente às quais o Regulamento n.º 1/2003 não é, em princípio, aplicável.
- 33 O artigo 21.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 tende, portanto, a regular o âmbito de aplicação deste regulamento no que respeita ao exame das operações de concentração em relação ao dos outros atos de direito derivado da União em matéria de concorrência.
- 34 Em contrapartida, o exame da redação desta disposição não responde à questão de saber se as disposições do direito primário, e, em especial, o artigo 102.º TFUE, continuam a ser aplicáveis a uma operação de concentração de empresas, na aceção do artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004, nomeadamente na hipótese, como a que está em causa no processo principal, de a concentração em causa não ter, por um lado, atingido os limiares de controlo previstos pelo direito da União e pelos direitos nacionais e, por outro, não ter sido objeto de remessa à Comissão ao abrigo do artigo 22.º deste regulamento, de modo que não foi efetuado nenhum controlo *ex ante* à luz do direito das concentrações.

- 35 Em seguida, quanto à génese do artigo 21.º, n.º 1, do referido regulamento, esta disposição, que reproduz *mutatis mutandis* o teor do artigo 22.º do Regulamento n.º 4064/89, anteriormente aplicável, traduz a vontade do legislador da União, recordada no considerando 7 deste último regulamento, de precisar que os outros regulamentos que aplicam o direito da concorrência deixam, em princípio, de ser aplicáveis ao conjunto das operações de concentração, a saber, tanto às operações constitutivas de um abuso de posição dominante como às operações de concentração que conferem às empresas interessadas o poder de impedir uma concorrência efetiva no mercado interno.
- 36 Por último, quanto aos objetivos e à sistemática geral do Regulamento n.º 139/2004, há que salientar que, como enuncia o seu considerando 5, este regulamento visa garantir que as reestruturações das empresas, nomeadamente sob a forma de concentrações, não acarretem um prejuízo duradouro para a concorrência. Por conseguinte, o direito da União deve conter normas aplicáveis às concentrações suscetíveis de entravar de modo significativo uma concorrência efetiva no mercado interno ou numa parte substancial deste último. O legislador da União entendeu, a este respeito, especificar que o Regulamento n.º 139/2004 constitui o único instrumento processual aplicável ao exame prévio e centralizado das concentrações, que, como o considerando 6 do mesmo enuncia, deve permitir um controlo eficaz de todas as concentrações em função do seu efeito sobre a estrutura da concorrência (v., neste sentido, Acórdãos de 7 de setembro de 2017, *Austria Asphalt*, C-248/16, EU:C:2017:643, n.º 21, e de 31 de maio de 2018, *Ernst & Young*, C-633/16, EU:C:2018:371, n.º 41).
- 37 Embora, por força do sistema do «balcão único» instituído por este regulamento, este constitua um instrumento processual específico que se destina a ser aplicado a título exclusivo às concentrações de empresas que implicam modificações estruturais importantes cujos efeitos no mercado se projetem para além das fronteiras nacionais de um Estado-Membro, como resulta do considerando 8 do referido regulamento, não se pode deduzir daí, todavia, que esse legislador pretendeu que o controlo efetuado a nível nacional de uma operação de concentração à luz do artigo 102.º TFUE ficasse sem objeto.
- 38 Precisa-se, assim, no considerando 7 do Regulamento n.º 139/2004, que «[o]s artigos [101.º] e [102.º TFUE], embora aplicáveis, [...] não são suficientes para abranger todas as operações suscetíveis de se revelarem incompatíveis com o regime de concorrência não falseada previsto no Tratado».
- 39 Resulta desta última indicação que, longe de privar as autoridades competentes dos Estados-Membros da possibilidade de aplicar as disposições do Tratado em matéria de concorrência às concentrações, como definidas no artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004, este último regulamento faz parte de um quadro normativo que visa executar os artigos 101.º e 102.º TFUE e estabelecer um sistema de controlo que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno da União (Acórdãos de 7 de setembro de 2017, *Austria Asphalt*, C-248/16, EU:C:2017:643, n.º 31, e de 31 de maio de 2018, *Ernst & Young*, C-633/16, EU:C:2018:371, n.º 55).
- 40 Importa também recordar que, para colmatar as lacunas do sistema de proteção contra as distorções da concorrência que podem resultar das reestruturações das empresas, este regulamento foi adotado com base no artigo 83.º CE (atual artigo 103.º TFUE), que diz respeito aos regulamentos ou às diretivas que podem ser adotados com vista à aplicação dos princípios que figuram nos artigos 101.º e 102.º TFUE, e do artigo 308.º CE (atual artigo 352.º TFUE), nos termos do qual a União pode dotar-se dos poderes de ação adicionais necessários à realização dos

seus objetivos. Embora o funcionamento e a sistemática da proteção oferecida pelo direito da União contra eventuais distorções da concorrência induzidas pelas operações de concentração, por razões de segurança jurídica, vão no sentido de uma aplicação prioritária do mecanismo de controlo prévio das concentrações, como definidas no artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004, isso não pode, por essa razão, excluir a possibilidade de uma autoridade da concorrência apreciar, em certas circunstâncias, uma operação de concentração na perspetiva do artigo 102.º TFUE.

- 41 Resulta assim da sistemática do Regulamento n.º 139/2004 que, embora este institua um controlo *ex ante* das operações de concentração de dimensão comunitária, não exclui, por essa razão, um controlo *ex post* das operações de concentração que não atinjam esse limiar. Embora seja verdade que o artigo 3.º deste regulamento consagra uma definição material da concentração de empresa sem referência aos limiares mencionados neste último, o referido regulamento deve ser lido à luz do seu contexto, nomeadamente do artigo 1.º e dos considerandos 7 e 9 do mesmo. Daqui resulta, por um lado, que o mesmo regulamento só se aplica às concentrações de dimensão comunitária e, por outro, que se admite que certas concentrações podem, ao mesmo tempo, escapar a um controlo *ex ante* e ser objeto de um controlo *ex post*.
- 42 A interpretação defendida no caso em apreço pela Autoridade da Concorrência, pela Tivana e pela TDF, bem como pelos Governos francês e neerlandês, equivale, em definitivo, a afastar a aplicabilidade direta de uma disposição do direito primário em razão da adoção de um ato de direito derivado que visa determinados comportamentos de empresas no mercado.
- 43 A este respeito, há que recordar que, nos termos do artigo 102.º TFUE, é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem abusivamente uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.
- 44 É ponto assente que este artigo é uma disposição de efeito direto cuja aplicação não está subordinada à prévia adoção de um regulamento processual. O referido artigo cria direitos em relação aos particulares, que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger (v., neste sentido, Acórdão de 14 de março de 2019, Skanska Industrial Solutions e o., C-724/17, EU:C:2019:204, n.º 24, e a jurisprudência referida).
- 45 Neste contexto, importa igualmente precisar que o abuso de posição dominante não é suscetível de isenção, em caso algum; tal abuso é simplesmente proibido pelo Tratado. Incumbe, consoante os casos, às autoridades nacionais competentes ou à Comissão retirar as consequências dessa proibição no âmbito do exercício das suas competências (Acórdão de 11 de abril de 1989, Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro, 66/86, EU:C:1989:140, n.º 32).
- 46 Quanto à lista das práticas e dos comportamentos referidos no artigo 102.º TFUE, o Tribunal de Justiça declarou que esta não era taxativa, de modo que a enumeração das práticas abusivas contida nessa disposição não esgota as formas de exploração abusiva de posição dominante proibidas pelo direito da União (v., neste sentido, Acórdãos de 21 de fevereiro de 1973, Europemballage e Continental Can/Comissão, 6/72, EU:C:1973:22, n.º 26, e de 17 de fevereiro de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83, n.º 26).

- 47 Como a Comissão sublinhou, a inaplicabilidade do Regulamento n.º 1/2003, e em especial do seu artigo 5.º, relativo à competência das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência para aplicar os artigos 101.º e 102.º TFUE às operações de concentração definidas no artigo 3.º do Regulamento n.º 139/2004, não pode levar a que as autoridades nacionais da concorrência apliquem o artigo 102.º TFUE a concentrações.
- 48 Com efeito, não obstante o princípio da aplicação exclusiva do Regulamento n.º 139/2004 às operações de concentração, enunciado no artigo 21.º, n.º 1, deste regulamento, é o direito processual dos Estados-Membros que é aplicável às concentrações de dimensão não comunitária.
- 49 É certo que a aplicação no Acórdão de 21 de fevereiro de 1973, *Europemballage e Continental Can/Comissão* (6/72, EU:C:1973:22), do artigo 86.º do Tratado CEE (que passou a artigo 82.º CE, dando, por sua vez, lugar ao artigo 102.º TFUE) no contexto específico das operações de concentração foi utilizada e entendida como um paliativo da inexistência, no Tratado CEE, de qualquer disposição expressa de controlo dessas operações. Dito isto, com a entrada em vigor de disposições autónomas relativas ao controlo das concentrações, tal como passaram a estar previstas no Regulamento n.º 139/2004, o recurso às regras processuais relativas à aplicação dos artigos 81.º e 82.º CE (atuais artigos 101.º e 102.º TFUE), enunciados num primeiro momento pelo Regulamento n.º 17 e, posteriormente, pelo Regulamento n.º 1/2003, perdeu o seu objeto.
- 50 Assim, o Regulamento n.º 139/2004 não se pode opor a que uma operação de concentração de dimensão não comunitária, como a que está em causa no processo principal, possa ser objeto de controlo pelas autoridades nacionais da concorrência e pelos órgãos jurisdicionais nacionais a título do efeito direto do artigo 102.º TFUE, recorrendo às suas próprias regras processuais.
- 51 Com efeito, a proibição prevista no artigo 102.º TFUE é suficientemente clara, precisa e incondicional, pelo que não necessita de uma disposição de direito derivado que ordene ou permita expressamente a sua aplicação pelas autoridades e órgãos jurisdicionais nacionais.
- 52 Daqui resulta que o artigo 102.º TFUE pode ser aplicado a uma operação de concentração que não atinja os limiares de controlo prévio previstos, respetivamente, pelo Regulamento n.º 139/2004 e pelo direito nacional aplicável, quando estejam reunidos os requisitos previstos neste artigo para demonstrar a existência de um abuso de posição dominante. Cabe, nomeadamente, à autoridade chamada a pronunciar-se verificar se o adquirente que está em posição dominante num determinado mercado e que tomou o controlo de outra empresa nesse mercado, através desse comportamento, entrou substancialmente a concorrência no referido mercado. A este respeito, a mera constatação do reforço da posição de uma empresa não basta para concluir pela qualificação de um abuso, uma vez que é necessário demonstrar que o grau de domínio assim alcançado entravaria substancialmente a concorrência, ou seja, deixaria subsistir apenas empresas dependentes, no seu comportamento, da empresa dominante (v., neste sentido, Acórdãos de 21 de fevereiro de 1973, *Europemballage e Continental Can/Comissão*, 6/72, EU:C:1973:22, n.º 26, e de 16 de março de 2000, *Compagnie maritime belge transports e o./Comissão*, C-395/96 P e C-396/96 P, EU:C:2000:132, n.º 113).
- 53 Tendo em conta todas as considerações precedentes, importa responder à questão submetida que o artigo 21.º, n.º 1, do Regulamento n.º 139/2004 deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que uma operação de concentração de empresas sem dimensão comunitária, na aceção do artigo 1.º deste regulamento, situada abaixo dos limiares de controlo *ex ante* obrigatório previstos pelo direito nacional e que não foi objeto de remessa à Comissão ao abrigo do artigo 22.º do referido regulamento, seja considerada por uma autoridade da concorrência de um

Estado-Membro como constitutiva de um abuso de posição dominante proibido pelo artigo 102.º TFUE tendo em conta a estrutura da concorrência num mercado de dimensão nacional.

### **Quanto à limitação temporal dos efeitos do presente acórdão**

- 54 A TDF e a Tivana pediram, nas suas observações escritas e orais, ao Tribunal de Justiça que limitasse os efeitos do presente acórdão no tempo se o Tribunal de Justiça decidisse que uma operação que não ultrapassasse os limiares de controlo das concentrações e não fosse objeto de remessa à Comissão com base no artigo 22.º do Regulamento n.º 139/2004 pode ser analisada à luz do artigo 102.º TFUE.
- 55 Como fundamento do seu pedido, a TDF e a Tivana alegam, em substância, que tal acórdão provocaria consequências graves em termos de segurança jurídica não só para elas mas também para todas as empresas que, de boa-fé, realizaram operações de concentração abaixo dos limiares, operações que passariam a poder ser postas em causa perante as autoridades ou os órgãos jurisdicionais nacionais com base no artigo 102.º TFUE.
- 56 A este respeito, importa recordar que, segundo jurisprudência constante, a interpretação que o Tribunal de Justiça faz de uma regra do direito da União, no exercício da competência que lhe confere o artigo 267.º TFUE, esclarece e precisa o significado e o alcance dessa regra, como deve ou deveria ter sido entendida e aplicada desde a data da sua entrada em vigor. Daqui se conclui que a regra assim interpretada pode e deve ser aplicada pelo juiz a relações jurídicas surgidas e constituídas antes de ser proferido o acórdão que se pronuncia sobre o pedido de interpretação, se estiverem também reunidas as condições que permitem submeter aos órgãos jurisdicionais competentes um litígio relativo à aplicação da referida regra [Acórdão de 24 de novembro de 2020, *Openbaar Ministerie (Falsificação de documento)*, C-510/19, EU:C:2020:953, n.º 73 e jurisprudência referida].
- 57 Só a título verdadeiramente excepcional pode o Tribunal de Justiça, em aplicação do princípio geral da segurança jurídica inerente à ordem jurídica da União, ser levado a limitar a possibilidade de qualquer interessado invocar uma disposição por ele interpretada para pôr em causa relações jurídicas estabelecidas de boa-fé. Para que uma tal limitação possa ser decidida, é necessário que estejam preenchidos dois requisitos essenciais, a saber, a boa-fé dos meios interessados e o risco de perturbações graves [Acórdão de 24 de novembro de 2020, *Openbaar Ministerie (Falsificação de documento)*, C-510/19, EU:C:2020:953, n.º 74 e jurisprudência referida].
- 58 No caso em apreço, no que respeita, em primeiro lugar, ao requisito relativo à boa-fé dos meios interessados, há que observar que a interpretação do direito da União dada pelo Tribunal de Justiça no presente acórdão se insere no prolongamento da jurisprudência assente do Tribunal de Justiça e da jurisprudência do Tribunal Geral relativa ao efeito direto do artigo 102.º TFUE e às consequências que lhe estão associadas. A TDF e a Tivana não podem alegar utilmente que podiam esperar que a operação de concentração em causa no processo principal não fosse examinada à luz do artigo 102.º TFUE em razão de uma incerteza objetiva e importante quanto ao alcance jurídico deste artigo do Tratado FUE.

- 59 Em segundo lugar, importa salientar que nem o pedido de decisão prejudicial nem as observações apresentadas no Tribunal de Justiça contêm elementos suscetíveis de demonstrar que a interpretação adotada pelo Tribunal de Justiça no presente acórdão implica um risco de perturbações graves, na falta de indicação precisa quanto ao número de relações jurídicas suscetíveis de serem afetadas por esta interpretação.
- 60 Além disso, a interpretação do direito da União dada pelo Tribunal de Justiça no presente acórdão tem por objeto a possibilidade de uma autoridade nacional da concorrência examinar, na perspetiva do artigo 102.º TFUE, uma operação de concentração sem dimensão comunitária na aceção do artigo 1.º do Regulamento n.º 139/2004, situada abaixo dos limiares de controlo *ex ante* obrigatório, previstos pelo direito nacional, e que não foi objeto de remessa à Comissão ao abrigo do artigo 22.º deste regulamento. Esta interpretação não implica necessariamente que penda sobre tal operação a ameaça de ser posta em causa, violando assim o direito de propriedade e acarretando consequências financeiras consideráveis.
- 61 Por conseguinte, a existência de um risco de perturbações graves suscetível de justificar uma limitação temporal dos efeitos do presente acórdão também não pode ser considerada demonstrada.
- 62 Nestas condições, não há que limitar no tempo os efeitos do presente acórdão.

### **Quanto às despesas**

- 63 Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Segunda Secção) declara:

**O artigo 21.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas,**

**deve ser interpretado no sentido de que:**

**não se opõe a que uma operação de concentração de empresas sem dimensão comunitária, na aceção do artigo 1.º deste regulamento, situada abaixo dos limiares de controlo *ex ante* obrigatório previstos pelo direito nacional e que não foi objeto de remessa à Comissão Europeia ao abrigo do artigo 22.º do referido regulamento, seja considerada por uma autoridade da concorrência de um Estado-Membro como constitutiva de um abuso de posição dominante proibido no artigo 102.º TFUE tendo em conta a estrutura da concorrência num mercado de dimensão nacional.**

Assinaturas