

REFORÇO DOS PODERES DA COMISSÃO EUROPEIA NO CONTROLO DE CONCENTRAÇÕES

OPERAÇÕES ABAIXO DOS LIMIARES DE NOTIFICAÇÃO PODEM ESTAR SUJEITAS A NOTIFICAÇÃO OBRIGATÓRIA À COMISSÃO

Introdução

A Comissão Europeia publicou recentemente novas orientações sobre a aplicação dos mecanismos de retribuição de competências do Regulamento Europeu das Concentrações¹, que encorajam as autoridades nacionais de concorrência dos Estados-Membros (como a Autoridade da Concorrência portuguesa) a remeter-lhe certas concentrações suscetíveis de afetar significativamente a concorrência, mesmo quando essas operações não estejam sujeitas a notificação ao abrigo das regras nacionais aplicáveis².

Estas orientações, que vêm na sequência de uma avaliação da aplicação do Regulamento das Concentrações realizada pela Comissão³, visam preencher uma lacuna na aplicação das normas europeias do controlo de concentrações a operações entre empresas emergentes e inovadoras, nomeadamente nos setores digital, farmacêutico e biotecnológico, que desempenham ou podem vir a desempenhar um papel concorrencial significativo, apesar de gerarem um volume de negócios reduzido ou nulo no momento da concentração – o exemplo paradigmático foi o caso da aquisição da Whatsapp pela Facebook em 2014, que não preenchia os limiares de notificação do Regulamento

¹ Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas, JO L 24, de 29.01.2004, pp. 1-22 (“Regulamento das Concentrações”).

² Comunicação da Comissão Orientações sobre a aplicação do mecanismo de remessa previsto no artigo 22.º do Regulamento das Concentrações a certas categorias de casos, de 26 de março de 2021, C(2021) 1959 final.

³ Cf. Comunicado de imprensa da Comissão IP/21/1384 de 26 de março de 2021.

das Concentrações, não obstante a dimensão da operação (USD 16 mil milhões) e a grande importância da Whatsapp no mercado⁴.

A Comissão não perdeu tempo a aplicar as novas orientações, tendo anunciado há poucos dias que decidiu analisar a operação *Illumina/Grail*, após solicitação de seis autoridades nacionais, embora a operação não preencha os critérios de notificação em nenhum dos Estados-Membros em causa⁵.

O sistema existente: “balcão único” de controlo de concentrações

Um dos principais benefícios do Regulamento das Concentrações é o de assegurar que as concentrações que têm uma dimensão europeia (porque preenchem os limiares de notificação do seu artigo 1.º) são notificadas e apreciadas apenas pela Comissão Europeia, no âmbito de um “balcão único” (*one-stop shop*).

O princípio do balcão único estabelece que se uma operação tiver dimensão comunitária as legislações de concorrência dos Estados-Membros não lhe são aplicáveis. Caso contrário, poderá estar sujeita a notificação a uma ou mais autoridades nacionais, na medida em que satisfaça os respetivos critérios de notificação nacionais. É largamente consensual que o sistema do balcão único é mais eficiente e proporciona maior segurança jurídica às empresas do que se a operação tivesse de ser notificada simultaneamente a várias autoridades nacionais diferentes.

No entanto, de forma a assegurar que a análise é feita pela autoridade melhor posicionada para o efeito, o Regulamento das Concentrações contém alguns mecanismos de reatribuição de competência (ou “remessa”) de casos. Um deles é o chamado mecanismo de remessa “artigo 22.º”, que permite a uma ou mais autoridades de concorrência nacionais solicitar à Comissão que aceite analisar uma operação que afete o comércio intraeuropeu e ameace afetar significativamente a concorrência no território do Estado ou Estados que apresentem o pedido. Caso considere que estes critérios se encontram preenchidos, a Comissão examinará a concentração.

⁴ A operação acabou por ser notificada à Comissão por iniciativa da própria Facebook, ao abrigo do mecanismo de remessa do artigo 4.º do Regulamento das Concentrações uma vez que estava sujeita a notificação em pelo menos três Estados-Membros, tendo sido aprovada (Decisão de 3.10.2014, M.7217, Facebook/Whatsapp).

⁵ Cf. *Mergers: Commission to assess proposed acquisition of GRAIL by Illumina*, *Daily News* 20.04.2021.

Embora inicialmente o mecanismo do “artigo 22.º” tenha sido pensado também porque nem todos os Estados-Membros possuíam regimes nacionais de controlo de concentrações, com o passar dos anos (e a implantação progressiva de tais regimes em praticamente todos os Estados-Membros) a Comissão desenvolveu a política de não aceitar pedidos “artigo 22.º” de autoridades que não fossem originalmente competentes para apreciar a operação, ao abrigo das regras nacionais, até porque se considerava que esses casos em princípio não teriam impacto sobre o mercado interno. É esta política que a Comissão decidir agora alterar.

As novas orientações sobre o mecanismo de remessa “artigo 22.º”

Após verificar que determinadas concentrações entre empresas com impacto concorrencial significativo (apesar de gerarem volume de negócios reduzido ou nulo no momento da operação) não foram examinadas pela Comissão ou, em alguns casos, por nenhum Estado-Membro, as novas orientações anunciam que a Comissão irá incentivar e aceitar mais remessas ao abrigo do artigo 22.º do Regulamento das Concentrações, nomeadamente quando a operação não atinge os limiares nacionais de controlo das concentrações.

Para avaliar se a operação pode ter **influência sobre o comércio entre os Estados-Membros**, a Comissão irá atender a fatores específicos, como a localização de (potenciais) clientes, a disponibilidade e a oferta dos produtos ou serviços em causa, a recolha de dados em vários Estados-Membros, ou o desenvolvimento e implementação de projetos de I&D cujos resultados, incluindo direitos de propriedade intelectual, poderão ser comercializados em mais do que um Estado-Membro.

Por seu turno, poderão **ameaçar afetar significativamente a concorrência** (no território do ou dos Estados-Membros que façam o pedido), as operações que suscitem preocupações jusconcorrenciais ao abrigo das regras existentes, em particular as que criem ou reforcem uma posição dominante; que eliminem uma importante força competitiva (como um novo entrante, um concorrente potencial ou uma empresa particularmente inovadora); ou que dificultem a entrada e a permanência dos concorrentes no mercado, designadamente o seu acesso a *inputs* ou a clientes importantes. A Comissão indica ainda **fatores adicionais** para considerar que determinados casos poderão ser objeto do mecanismo de remessa “artigo 22.º”, apesar de não serem notificáveis nos Estados-Membros em causa. Tratam-se de casos em que o volume de negócios de, pelo menos, uma das

empresas em causa não reflete o seu potencial competitivo (atual ou futuro), devido, designadamente a:

- (i) Ser uma *start-up* ou uma nova empresa no mercado com elevado potencial competitivo, embora ainda não tenha implementado um modelo de negócios que gere receitas significativas;
- (ii) Ser uma importante inovadora ou desenvolver esforços de I&D potencialmente significativos;
- (iii) Representar uma força competitiva atual ou potencial;
- (iv) Ter acesso a recursos com importância concorrencial (como matérias-primas, infraestruturas, dados, direitos de propriedade intelectual); e/ou
- (v) Fornecer produtos ou serviços que são essenciais a outras indústrias.

Embora operações já totalmente concluídas possam ser objeto de remessa ao abrigo do artigo 22.º, a Comissão em princípio não aceitará pedidos de autoridades nacionais que sejam realizados decorridos mais de seis meses após a conclusão da operação ou do momento em que esta passou a ser do conhecimento público.

A Comissão anuncia que irá cooperar ativamente com as autoridades nacionais de concorrência, e que quando considerar importante convidará proactivamente tais autoridades a apresentar pedidos de remessa. As partes numa operação podem igualmente contactar voluntariamente a Comissão para obter indicação sobre a probabilidade de a Comissão aceitar ou incentivar pedidos de remessa. Caso a concentração não seja notificável ao abrigo das legislações nacionais aplicáveis, os Estados-Membros devem enviar o pedido de remessa no prazo de 15 dias úteis a partir do momento em que têm conhecimento da mesma (ou seja, quando têm informação suficiente para fazer uma análise prévia quanto ao preenchimento dos critérios do artigo 22.º do Regulamento das Concentrações). Os restantes Estados-Membros terão 15 dias úteis para se pronunciar, após o que a Comissão deverá tomar uma decisão sobre o pedido em 10 dias úteis.

Por fim, caso aceite analisar o caso, a Comissão poderá exigir que as partes lhe apresentem uma notificação completa, sobretudo se a operação não tiver sido notificada ainda às autoridades nacionais em causa. Caso a operação ainda não tenha sido concluída, as partes ficam impedidas de a

concluir até à adoção de uma decisão de autorização, expressa ou tácita, nos prazos do Regulamento das Concentrações.

Implicações práticas: menor segurança jurídica e deveres acrescidos de análise

A recente decisão da Comissão de examinar a operação *Illumina/Grail*, já referida, constitui um bom exemplo da aplicação das novas orientações sobre o mecanismo “artigo 22.º”. A empresa adquirida (Grail) desenvolve testes de deteção do cancro inovadores com base em sequências de genomas. Embora a transação tenha um valor de USD 7,1 mil milhões, não preenchia os critérios de notificação em nenhum Estado-Membro, o que levou a autoridade de concorrência francesa a apresentar um pedido de remessa à Comissão. Após cinco outras autoridades terem aderido ao pedido, a Comissão decidiu no passado dia 20 de abril analisar o caso, concluindo numa análise preliminar que a empresa resultante da operação teria a capacidade de restringir o acesso a (ou aumentar os preços de) testes de deteção do cancro de nova geração, considerados como “*game changers*” na luta contra o cancro.

A Illumina anunciou, entretanto, que considera ilegal a decisão da Comissão de aceitar o pedido de remessa neste caso, e que irá recorrer para o Tribunal Geral da UE, o que significa que as novas orientações serão objeto de escrutínio judicial no futuro próximo⁶.

Embora a nova política anunciada pela Comissão aumente a incerteza jurídica para as empresas participantes em operações de concentrações que não preenchem os limiares de notificação europeus e nacionais, as orientações fornecem indicações úteis sobre os casos em que o risco de uma remessa “artigo 22.º” é mais significativo.

Torna-se, pois, aconselhável que as partes numa transação, sobretudo nos setores digital, biotecnológico e farmacêutico:

1. Realizem, no âmbito da preparação da transação, uma análise jusconcorrencial preliminar, para além da atual análise jurisdicional baseada no volume de negócios, com vista a aferir a

⁶ Cf. *Global Competition Review* “[Illumina urges General Court to annul Article 22 referral](#)”, de 29 de abril de 2021.

- probabilidade de alguma das empresas envolvidas satisfazer os critérios referidos nas orientações;
2. Tenham em conta o impacto que eventuais pedidos de remessa “artigo 22.º” poderão ter nos prazos e até na própria viabilidade e estrutura da transação;
 3. Contemplem o risco de remessa à Comissão na redação dos documentos da transação; e
 4. Considerem a hipótese de abordar proactivamente as autoridades nacionais de concorrência ou a própria Comissão, de forma a acautelar o risco de a concentração em causa preencher os critérios do artigo 22.º do Regulamento das Concentrações.

[Pedro de Gouveia e Melo \[+ info\]](#)
[Beatriz Lopes da Silva \[+ info\]](#)

Esta publicação é meramente informativa, não constituindo fonte de aconselhamento jurídico nem contendo uma análise exaustiva de todos os aspetos dos regimes a que se refere. A informação nela contida reporta-se à data da sua divulgação, devendo os leitores procurar aconselhamento jurídico antes de a aplicar em questões ou operações específicas. É vedada a reprodução, divulgação ou distribuição, parcial ou integral, do conteúdo desta publicação sem consentimento prévio. Para mais informações, contacte-nos por favor através do endereço com.pr@mlgts.pt.