

RocaJunyent Informa

Departamento de Derecho de la UE y Competencia

12 de septiembre de 2024



El asunto Illumina / Grail y la importancia de la seguridad jurídica en el sistema europeo de Control de Concentraciones

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (“TJUE”) ha dictado una importante sentencia el pasado 3 de septiembre de 2024¹ en relación con la concentración entre Illumina Inc. – empresa biotecnológica especializada en el análisis genético –, y, Grail LLC – *start up* desarrolladora de pruebas de sangre para la detección del cáncer – (“Illumina/Grail”), operación que fue prohibida por la Comisión Europea mediante Decisión de septiembre de 2022².

Al margen de lo discutible de la citada decisión de prohibición – la cual motivó un expediente sancionador sobre Illumina, por haber ejecutado la operación sin haber sido

¹ Sentencia de 3 de septiembre de 2022, Illumina, Inc. y Grail LLC contra Comisión Europea, C-611/22P y C-625/22P, EU:C:2024:677.

² Decisión de la Comisión Europea de 6 de septiembre de 2022, dictada en asunto M.10188.

notificada y autorizada a la CE (infracción conocida como “*gun jumping*”) – el asunto ha sido especialmente controvertido por cuanto la señalada operación no superaba el umbral de notificación del sistema europeo de control de concentraciones, como tampoco lo hacía en ningún Estado Miembro de la UE. En otras palabras, ninguna norma obligaba a Illumina a notificar la adquisición de Grail, con carácter previo a su ejecución, ni a la Comisión Europea ni a ninguna autoridad nacional de competencia.

¿Qué pasó entonces? Lo analizamos de forma resumida en este artículo.

La Concentración Illumina/Grail

El proyecto de la concentración entre ambas empresas se anunció en septiembre del 2020, cuando Illumina decidió adquirir el control exclusivo de Grail. Como ya se ha indicado, la operación no estaba sujeta al deber de notificación previa ni a nivel europeo ni en ningún Estado Miembro. Ello se debía principalmente a que Grail era una *start-up* con facturación y cuota de mercado aún muy moderadas³.

A pesar de ello, varios meses después la Comisión Europea instó a las autoridades de competencia de los Estados miembros a que le prestasen una solicitud de remisión – vía artículo 22 del Reglamento 139/2004 o ‘Reglamento de Concentraciones’⁴ – para analizar la operación, por entender que podía afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE y amenazaba con afectar sensiblemente la competencia en varios países. Para ello se valió de una extensiva – y controvertida - interpretación de las facultades previstas por el citado artículo 22, argumentando que el sistema de control de concentraciones europeo debía incluir algún mecanismo corrector, para controlar operaciones de tipo “*killer acquisition*”⁵, incluso en ausencia de dimensión europea de dicha operación o notificación de la misma a algún Estado Miembro, conforme a umbrales.

La Autoridad Francesa de Competencia aceptó la invitación de la Comisión Europea y cursó la señalada solicitud de revisión de la concentración en base al artículo 22 del Reglamento de Concentraciones; posteriormente, otras cinco autoridades nacionales se sumaron a esta solicitud, tras lo cual la Comisión inició el oportuno expediente de control de la concentración, que acabaría prohibiendo por el impacto que la misma podía tener en el ámbito de determinadas pruebas de detección del cáncer en la UE. Incluso se impuso a Illumina la obligación de deshacer la operación ejecutada.

³ La mayoría de EEMM disponen de umbrales de notificación basados en la facturación de las partes de la operación (a semejanza del sistema europeo). En algunos países, como España o Portugal, también se aplica un umbral de cuota de mercado, si bien con ciertas reglas de minimis que suelen sortear las *killer acquisitions*; en otros países como Alemania o Austria, se ha introducido recientemente un umbral referido al valor de la transacción que puede resultar útil en este tipo de situaciones.

⁴ Reglamento (CE) Nº 139/2004 del Consejo de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas. Diario Oficial de la Unión Europea, L 24/1. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-80136>

⁵ Concepto referido a transacciones en las que un operador adquiere un importante competidor potencial que cuenta con una tecnología innovadora en fase de desarrollo temprana con el objetivo de poner fin al desarrollo de la innovación para evitar un efecto de sustitución (Competition policy for digital era (2019), p. 117). <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en>

El Tribunal General estimó las razones de la comisión

Como era previsible, Illumina impugnó ante el Tribunal General (“TG”) las Decisiones de la Comisión⁶ aceptando las solicitudes de remisión presentadas por las seis autoridades nacionales de competencia. La empresa fundamentó su recurso en la objetiva falta de competencia de la Comisión Europea para examinar la operación de concentración, en ausencia de dimensión europea de la misma, y en la imposibilidad para las autoridades nacionales de competencia de solicitar la revisión de un asunto que tampoco estaba sujeto a sus respectivos sistemas nacionales de control de concentraciones.

El TG⁷, en julio de 2022, falló a favor de la Comisión, y consideró procedentes las solicitudes relativas al análisis de la operación. El Tribunal dio importancia al principio de eficacia, valoró la razonabilidad del objetivo de la Comisión, e interpretó que el artículo 22 del Reglamento de Concentraciones no prohibía expresamente que la Comisión pudiese analizar una concentración remitida por una Autoridad Nacional de Competencia, incluso en ausencia de legitimación de dicha autoridad nacional para examinarla en su propia jurisdicción.

El TJUE requiere que se cumpla con el principio de seguridad jurídica

Frente a la citada sentencia del TG, tanto Illumina como Grail interpusieron sendos recursos de casación.

En su reciente y contundente fallo, el TJUE anula la anterior sentencia del TG considerando que se cometió un evidente error al interpretar el articulado del Reglamento de Concentraciones. Según el Tribunal de Justicia, es necesario que las interpretaciones sobre los umbrales del sistema *ex ante* de control de concentraciones estén en consonancia con los principios de previsibilidad y la seguridad jurídica. El Reglamento, tal y como lo explica el TJUE, se fundamenta en un sistema eficaz y previsible de distribución competencial.

En particular, y aunque el TJUE admite la literalidad del Artículo 22 no es evidente, también afirma que una interpretación histórica, teleológica y contextual⁸ del Reglamento en su conjunto impide a la Comisión Europea solicitar una remisión de una concentración que no alcance los umbrales establecidos a nivel europeo ni a nivel de los Estados Miembros solicitantes.

⁶ Decisión C (2021) 2847 final de la Comisión Europea, de 19 de abril de 2021; y Decisiones C (2021) 2848 final, C (2021) 2849 final, C (2021) 2851 final, C (2021) 2854 final y C (2021) 2855 final de la Comisión, de 19 de abril de 2021.

⁷ Sentencia de 13 de julio de 2022, Illumina, Inc. contra Comisión Europea, T-227/21, EU:T:2022:447.

⁸ El Tribunal analizó los borradores del primer Reglamento de control de concentraciones (Reglamento 4064/1989) y los debates parlamentarios previos a su aprobación, concretamente en lo referido a la introducción de la llamada “cláusula holandesa” o mecanismo de remisión del artículo 22. Se comprobó que el verdadero propósito de dicho artículo era permitir a EEMM sin un sistema propio de control de concentraciones solicitar a la Comisión Europea el análisis de determinadas operaciones sin dimensión europea que pudiesen afectar sensiblemente la competencia en su país.

En este sentido, contrariamente a la tesis del TG, el TJUE no considera que el Artículo 22 sea un mecanismo “corrector” que permita a la Comisión controlar de forma efectiva cualquier concentración que pueda amenazar la libre competencia en el mercado europeo.

Según el TJUE, los mecanismos *ex ante* de control de concentraciones están sujetos al principio de seguridad jurídica y predictibilidad, de modo que un Estado Miembro dotado de un mecanismo nacional de control de concentraciones no puede obviar el mismo y solicitar a la Comisión Europea el análisis de un caso que ni siquiera está sujeto al sistema de control en dicha jurisdicción.

Distinto es el caso de aquellos Estados Miembros que carecen de un sistema nacional de control de concentraciones (actualmente, solo es el caso de Luxemburgo), que sí podrían valerse del Artículo 22 para solicitar a la Comisión el análisis de una operación con especial impacto en la competencia en su país, incluso si la misma no supera los umbrales del Reglamento de Concentraciones.

Las implicaciones de la sentencia

En definitiva, esta sentencia del TJUE impide a la Comisión (y a los Estados Miembros) utilizar el mecanismo de remisión del artículo 22 como base jurídica para examinar cualquier *killer acquisition*, y les obliga a atenerse a los límites establecidos en la normativa europea y nacional de control de concentraciones, en aras de la seguridad jurídica de los operadores económicos.

A pesar de este revés, la Comisaria saliente de Competencia, Margrethe Vestager, ha insistido en que es necesario que la Comisión pueda disponer de mecanismos que puedan monitorizar este tipo de transacciones. A través de una nota de prensa⁹, ha apelado a una posible reforma del sistema europeo – aunque la misma tampoco es previsible a corto plazo – y ha recordado que las legislaciones nacionales de varios Estados miembros, con sistemas de *call-in*¹⁰, permiten analizar operaciones aun cuando en principio no cumplan con los umbrales nacionales de notificación. Varios Estados Miembros ya han señalado la posibilidad de reformar su sistema actual de control de concentraciones para añadir este tipo de fórmulas que les dote de mayor flexibilidad en su actuación.

En España, el sistema de control de concentraciones está basado en dos umbrales – facturación y cuota de mercado –, que no parece se vayan a modificar en el corto plazo; de hecho, el umbral de cuota de mercado ya puede servir para someter al control administrativo determinadas *killer acquisitions* con impacto verificable en el mercado.

⁹ Comisión Europea. “Statement by Executive Vice-President Margrethe Vestager on today’s Court of Justice judgment on the Illumina/GRAIL merger jurisdiction decisions”, disponible en el siguiente enlace: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_24_4525

¹⁰ Este tipo de sistemas permite a la autoridad nacional de competencia reclamar a las partes de una concentración que notifiquen la misma para su análisis y autorización, incluso si la misma no supera umbrales nacionales de notificación. Se trata de una facultad prevista en regímenes italiano, sueco o danés, entre otros.