

RocaJunyent Informa

Departament de Dret de la UE y Competència

12 de setembre de 2024



L'assumpte Illumina / Grail i la importància de la seguretat jurídica en el sistema europeu de Control de Concentracions

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea ("TJUE") ha dictat una important sentència el passat 3 de setembre de 2024ⁱ en relació amb la concentració entre Illumina Inc. – empresa biotecnològica especialitzada en l'anàlisi genètica –, i, Grail LLC – start up desenvolupadora de proves de sang per a la detecció del càncer – ("Illumina/Grail"), operació que va ser prohibida per la Comissió Europea mitjançant Decisió de setembre de 2022ⁱⁱ.

Al marge del discutible de la citada decisió de prohibició – la qual va motivar un expedient sancionador sobre Illumina, per haver executat l'operació sense haver estat notificada i autoritzada a la CE (infracció coneguda com "gun jumping") – l'assumpte ha estat especialment controvertit puix que l'assenyalada operació no superava el llindar de notificació del sistema europeu de control de concentracions, com tampoc el feia en cap

Estat membre de la UE. En altres paraules, cap norma obligava a Illumina a notificar l'adquisició de Grail, amb caràcter previ a la seva execució, ni a la Comissió Europea ni a cap autoritat nacional de competència.

Què va passar llavors? Ho analitzem de forma resumida en aquest article.

La Concentració Illumina/Grail

El projecte de la concentració entre totes dues empreses es va anunciar al setembre del 2020, quan Illumina va decidir adquirir el control exclusiu de Grail. Com ja s'ha indicat, l'operació no estava subjecta al deure de notificació prèvia ni a nivell europeu ni en cap Estat membre. Això es devia principalment al fet que Grail era una start-up amb facturació i quota de mercat encara molt moderadesⁱⁱⁱ.

Malgrat això, diversos mesos després la Comissió Europea va instar les autoritats de competència dels Estats membres al fet que li prestessin una sol·licitud de remissió – via article 22 del Reglament 139/2004 o ‘Reglament de Concentracions’^{iv} – per a analitzar l'operació, per entendre que podia afectar el comerç entre els Estats membres de la UE i amenaçava amb afectar sensiblement la competència en diversos països. Per a això es va valer d'una extensiva – i controvertida - interpretació de les facultats previstes pel citat article 22, argumentant que el sistema de control de concentracions europeu havia d'incloure algun mecanisme corrector, per a controlar operacions de tipus “killer acquisition”^v, fins i tot en absència de dimensió europea d'aquesta operació o notificació de la mateixa a algun Estat membre, conforme a l'indagar.

L'Autoritat Francesa de Competència va acceptar la invitació de la Comissió Europea i va cursar l'assenyalada sol·licitud de revisió de la concentració sobre la base de l'article 22 del Reglament de Concentracions; posteriorment, altres cinc autoritats nacionals es van sumar a aquesta sol·licitud, després de la qual cosa la Comissió va iniciar l'oportú expedient de control de la concentració, que acabaria prohibint per l'impacte que la mateixa podia tenir en l'àmbit de determinades proves de detecció del càncer a la UE. Fins i tot es va imposar a Illumina l'obligació de desfer l'operació executada.

El Tribunal General va estimar les raons de la comissió
Com era previsible, Illumina va impugnar davant el Tribunal General (“TG”) les Decisions de la Comissió^{vi} acceptant les sol·licituds de remissió presentades per les sis autoritats nacionals de competència. L'empresa va fonamentar el seu recurs en l'objectiva falta de competència de la Comissió Europea per a examinar l'operació de concentració, en absència de dimensió europea d'aquesta, i en la impossibilitat per a les autoritats nacionals de competència de sol·licitar la revisió d'un assumpte que tampoc estava subjecte als seus respectius sistemes nacionals de control de concentracions.

El TG^{vii}, al juliol de 2022, va dictaminar a favor de la Comissió, i va considerar procedents les sol·licituds relatives a l'anàlisi de l'operació. El Tribunal va donar importància al principi d'eficàcia, va valorar la raonabilitat de l'objectiu de la Comissió, i va interpretar que l'article 22 del Reglament de Concentracions no prohibia expressament que la Comissió pogués analitzar una concentració remesa per una

Autoritat Nacional de Competència, fins i tot en absència de legitimació d'aquesta autoritat nacional per a examinar-la en la seva pròpia jurisdicció.

El TJUE requereix que es compleixi amb el principi de seguretat jurídica

Enfront de la citada sentència del TG, tant Illumina com Grail van interposar sengles recursos de cassació.

En el seu recent i contundent fallada, el TJUE anul·la l'anterior sentència del TG considerant que es va cometre un evident error en interpretar l'articulat del Reglament de Concentracions. Segons el Tribunal de Justícia, és necessari que les interpretacions sobre els líndars del sistema ex-ante de control de concentracions estiguin d'acord amb els principis de previsibilitat i la seguretat jurídica. El Reglament, tal com l'explica el TJUE, es fonamenta en un sistema eficaç i previsible de distribució competencial.

En particular, i encara que el TJUE admet la literalitat de l'Article 22 no és evident, també afirma que una interpretació històrica, teleològica i contextual^{viii} del Reglament en el seu conjunt impedeix a la Comissió Europea sol·licitar una remissió d'una concentració que no aconsegueixi els líndars establerts a nivell europeu ni a nivell dels Estats membres sol·licitants.

En aquest sentit, contràriament a la tesi del TG, el TJUE no considera que l'Article 22 sigui un mecanisme “corrector” que permeti a la Comissió controlar de manera efectiva qualsevol concentració que pugui amenaçar la lliure competència en el mercat europeu.

Segons el TJUE, els mecanismes ex-ante de control de concentracions estan subjectes al principi de seguretat jurídica i predictibilitat, de manera que un Estat membre dotat d'un mecanisme nacional de control de concentracions no pot obviar el mateix i sol·licitar a la Comissió Europea l'anàlisi d'un cas que ni tan sols està subjecte al sistema de control en aquesta jurisdicció.

Distint és el cas d'aquells Estats membres que manquen d'un sistema nacional de control de concentracions (actualment, només és el cas de Luxemburg), que sí que podrien valer-se de l'Article 22 per a sol·licitar a la Comissió l'anàlisi d'una operació amb especial impacte en la competència al seu país, fins i tot si la mateixa no supera els líndars del Reglament de Concentracions.

Les implicacions de la sentència

En definitiva, aquesta sentència del TJUE impedeix a la Comissió (i als Estats membres) utilitzar el mecanisme de remissió de l'article 22 com a base jurídica per a examinar qualsevol killer acquisition, i els obliga a atènyer-se als límits establerts en la normativa europea i nacional de control de concentracions, en nom de la seguretat jurídica dels operadors econòmics.

Malgrat aquest revés, la Comissària sortint de Competència, Margrethe Vestager, ha insistit que és necessari que la Comissió pugui disposar de mecanismes que puguin monitorar aquest tipus de transaccions. A través d'una nota de premsa^{ix}, ha apel·lat a una possible reforma del sistema europeu – encara que la mateixa tampoc és previsible a curt termini – i ha recordat que les legislacions nacionals de diversos Estats membres,

amb sistemes de call-in^x, permeten analitzar operacions encara que en principi no compleixin amb els llindars nacionals de notificació. Diversos Estats membres ja han assenyalat la possibilitat de reformar el seu sistema actual de control de concentracions per a afegir aquest tipus de fórmules que els doti de major flexibilitat en la seva actuació.

A Espanya, el sistema de control de concentracions està basat en dos llindars – facturació i quota de mercat –, que no sembla es vagin a modificar en el curt termini; de fet, el llindar de quota de mercat ja pot servir per a sotmetre al control administratiu determinades killer acquisitions amb impacte verificable en el mercat.

ⁱ Sentència de 3 de setembre de 2022, Illumina, Inc. i Grail LLC contra Comissió Europea, C-611/22P i C-625/22P, EU:C:2024:677.

ⁱⁱ Decisió de la Comissió Europea de 6 de setembre de 2022, dictada en assumpte M.10188

ⁱⁱⁱ La majoria de EEMM disposen de llindars de notificació basats en la facturació de les parts de l'operació (a semblança del sistema europeu). En alguns països, com Espanya o Portugal, també s'aplica un llindar de quota de mercat, si bé amb unes certes regles de mínims que solen sortejar les killer acquisitions; en altres països com Alemanya o Àustria, s'ha introduït recentment un llindar referit al valor de la transacció que pot resultar útil en aquesta mena de situacions.

^{iv} Reglament (CE) Núm. 139/2004 del Consell de 20 de gener de 2004 sobre el control de les concentracions entre empreses. Diari Oficial de la Unió Europea, L 24/1. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2004-80136>

^v Concepte referit a transaccions en les quals un operador adquireix un important competidor potencial que compta amb una tecnologia innovadora en fase de desenvolupament primerenca amb l'objectiu de posar fi al desenvolupament de la innovació per a evitar un efecte de substitució (Competition policy for digital era (2019), p. 117). <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en>

^{vi} Decisió C (2021) 2847 final de la Comissió Europea, de 19 d'abril de 2021; i Decisions C (2021) 2848 final, C (2021) 2849 final, C (2021) 2851 final, C (2021) 2854 final i C (2021) 2855 final de la Comissió, de 19 d'abril de 2021.

^{vii} Sentència de 13 de juliol de 2022, Illumina, Inc. contra Comissió Europea, T-227/21, EU:T:2022:447.

^{viii} El Tribunal va analitzar els esborranys del primer Reglament de control de concentracions (Reglament 4064/1989) i els debats parlamentaris previs a la seva aprovació, concretament en el referit a la introducció de l'anomenada "clàusula holandesa" o mecanisme de remissió de l'article 22. Es va comprovar que el veritable propòsit d'aquest article era permetre a EEMM sense un sistema propi de control de concentracions sol·licitar a la Comissió Europea l'anàlisi de determinades operacions sense dimensió europea que poguessin afectar sensiblement la competència al seu país.

^{ix} Comissió 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 següent enllaç:

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_24_4525

^x Aquest tipus de sistemes permet a l'autoritat nacional de competència reclamar a les parts d'una concentració que notifiquin la mateixa per a la seva anàlisi i autorització, fins i tot si la mateixa no supera llindars nacionals de notificació. Es tracta d'una facultat prevista en règims italià, suec o danès, entre altres.