



COMILLAS
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

Seguridad jurídica y derecho europeo de control de concentraciones: el nuevo enfoque del mecanismo del reenvío

Autor: Maite Portela Alonso

5º E-3 C

Derecho Mercantil

Tutor: Mónica Martín de Vidales Godino

Madrid
Abril 2023

Índice:

1. Introducción.....	4
2. Antecedentes sobre el control de concentraciones en Europa.....	8
3. La comunicación de la CE sobre reenvío de casos.....	17
4. Problemas de seguridad jurídica para las empresas que se derivan de este nuevo enfoque	22
5. Sentencia del Tribunal General sobre el caso Illumina-Grail validando el enfoque de la Comisión	27
6. Conclusiones y aspectos críticos	43
7. Bibliografía.....	46

Índice de Tablas:

Tabla 1.1: Casos de reenvío en aplicación del artículo 22 del Reglamento 139/2004 en 1990-2006.....	11
Tabla 1.2: Casos de reenvío en aplicación del artículo 22 del Reglamento 139/2004 en 2007-2023	11
Tabla 1.3: Número de veces que los Estados miembros de la UE han acudido al mecanismo de reenvío del artículo 22 del Reglamento 139/2004 entre 2005 y 2023.....	12
Tabla 1.4: Fechas clave de la investigación sobre la operación Illumina/Grail	29

Resumen: La operación de concentración entre Illumina y Grail ha supuesto un antes y un después en el control de concentraciones en la Unión Europea. Ha sido la primera operación que la Comisión Europea ha entrado a analizar después de publicar su Comunicación sobre la aplicación del artículo 22 del actual Reglamento 139/2004, que prevé un mecanismo de remisión de las autoridades de competencia nacionales a la institución europea. En este nuevo enfoque, la Comisión Europea ha incentivado a las autoridades de competencia de los Estados miembros a que remitan las operaciones que puedan afectar el comercio intercomunitario y amenacen con afectar la competencia de forma negativa en un territorio (incluyendo los casos en los que no existe obligación de notificar a las autoridades por no superar los umbrales establecidos en las legislaciones nacionales).

La sentencia del Tribunal General avaló a la Comisión en su ampliación de facultades y consideró que se había respetado la proporcionalidad, seguridad jurídica confianza legítima. No obstante, al acudir a una nueva interpretación de un artículo ya existente en vez de elaborar una nueva regulación específica, y flexibilizar los criterios de remisión de operaciones de concentración, los agentes económicos no tienen forma clara de saber si sus operaciones van a ser revisadas por la Unión Europea por el potencial efecto perjudicial que puedan tener sobre el mercado.

Palabras clave: Competencia, concentración, remisión, seguridad jurídica, Illumina, Grail, Reglamento 139/2004

Abstract: The merger operation between Illumina and Grail has marked a turning point in merger control in the European Union. It is the first operation that the European Commission has analyzed after publishing its Communication on the application of Article 22 of the current Regulation 139/2004, which provides for a referral mechanism from the national competition authorities to the European Commission. In this new approach, the European Commission has encouraged the competition authorities of Member States to refer operations that may affect intra-EU trade and threaten to negatively affect competition in the territory of the Member state which requests the referral (including cases that are not notifiable because they do not exceed the minimum thresholds established in national legislation).

The judgment of the European General Court endorsed the Commission in its extension of powers and considered that proportionality, legal certainty, and legitimate expectations had not been disregarded. However, by resorting to a new interpretation of an already existing article instead of proposing a new and specific regulation and making the criteria for referral of concentration operations more flexible, economic agents have no clear way of knowing if their operations are going to be reviewed by the European Union due to the potential detrimental effect they may have on the market.

Key words: Competition, concentration, referral, legal certainty, Illumina, Grail, EUMR

1. Introducción

Las normas que regulan el Derecho de Competencia de la Unión Europea se encuentran en los artículos 101 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹ (en adelante, “TFUE”). Su propósito es asegurar que la competencia en el mercado interior no resulte distorsionada de manera sustancial por los comportamientos de los Estados y empresas². Se considera que el buen funcionamiento de los mercados beneficia al consumidor y promueve su bienestar. De esta manera, la esencia de la competencia está en la rivalidad entre los actores del mercado, que tratan de producir mejores bienes o prestar mejores servicios que sus competidores, y/o de hacerlo de forma más eficiente, para de este modo incrementar sus ventas.

Existen cuatro tipos de comportamientos anticompetitivos que han sido tratados a nivel europeo: el abuso de posición dominante, la colusión, las concentraciones y las ayudas del Estado. Entre estas, este trabajo se va a enfocar en el control de concentraciones.

El Reglamento (CE) Nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (en adelante, “**Reglamento 139/2004**”) es la culminación de la reforma llevada a cabo sobre normas aplicables a operaciones de concentración a nivel europeo. Esta normativa presenta un sistema de control con arreglo al que *“las concentraciones que reúnan los requisitos previstos en el Reglamento 139/2004 deben ser notificadas a la Comisión con carácter previo a su ejecución a fin de permitir a esta institución analizar y evaluar los efectos que dichas operaciones puedan tener sobre los mercados afectados”*³. Es decir, se trata de un sistema de control *ex ante*, en virtud del cual, siempre que se superen unos determinados requisitos (que en el caso del Reglamento 139/2004 están referidos, fundamentalmente, a niveles de facturación o cifra de negocios), la operación deberá ser notificada ante la Comisión Europea, que tendrá jurisdicción exclusiva sobre la concentración.

¹ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE 30 de marzo de 2010.

² Cfr. Whish, R. y Bailey, D., *Competition Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2012, p. 1.

³ Engra Moreno, J.C. y Rodríguez Encina, A., “El sistema de control de concentraciones en la Unión Europea”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, vol. 61, 2006, p. 119 (disponible en https://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/136806/Ekonomiaz_61_Engra.pdf?sequence=1&isAllowed=y; última consulta 1/3/2023).

En este sentido, de acuerdo con el artículo 1.2 del Reglamento 139/2004, serán consideradas como operaciones con dimensión europea las operaciones en las que el conjunto de las empresas supere un volumen de negocios a escala mundial de 5.000 millones de euros y 250 millones de euros individualmente por dos o más de las empresas afectadas, salvo que más de 2/3 del total sea en un Estado. De igual manera, el artículo 1.3 también considera que tendrán dimensión europea las operaciones en las que el conjunto de las empresas supere un volumen de negocios a escala mundial de 2.500 millones de euros, supere 100 millones de euros de manera conjunta en tres o más Estados miembros (con un volumen de negocios sea superior a 25 millones de euros en cada uno) e, individualmente, dos o más de las empresas afectadas tengan un volumen de negocios superior a 100 millones de euros.

Del mismo modo, la normativa de control de concentraciones de la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea se basa en umbrales de volumen de negocios (bien del conjunto de empresas a escala mundial o nacional o de cada empresa individualmente a escala nacional). Dentro de la UE, solo “*dos países cuentan con un umbral de notificación de concentraciones basado en la cuota de mercado de las partes*” y recientemente, dos países han “*decidido introducir un umbral de notificación adicional basado en el valor de la transacción*”⁴.

El hecho de que el sistema de notificación a nivel europeo (y a nivel nacional, en la mayoría de los Estados miembros) utilice umbrales de facturación como principal indicador (en lugar de umbrales de cuota de mercado) trae como consecuencia que las operaciones de pequeña dimensión que no superan los mencionados umbrales de facturación quedan fuera del radar de las autoridades de competencia, y ello con independencia de su posible impacto actual o potencial en la competencia.

Ciertamente, existen varios mecanismos que permiten remitir a la Comisión Europea operaciones de concentración de dimensión nacional, y viceversa. Por una parte, el artículo 4.4 del Reglamento 139/2004 posibilita a la Comisión Europea a remitir los a Estados miembros las operaciones de concentración de dimensión europea que puedan

⁴ Delgado Ruiz-Gallardón, I., “Umbrales de notificación: análisis comparativo entre España y la unión Europea y los retos de la era digital”, *Anuario de la Competencia*, Nº1, p. 218 (disponible en <https://anuariocompetencia.fundacionico.es/files/original/1d35c48117363732fd7f20498d4e37fc71a52392.pdf>; última consulta 1/3/2023).

“afectar de manera significativa a la competencia en un mercado de un Estado miembro que presenta todas las características de un mercado definido y, por tanto, debe ser examinada, total o parcialmente, por dicho Estado miembro”. Por otra, existe la posibilidad de que los Estados miembros remitan a la Comisión Europea operaciones que no tengan dimensión europea por no cumplir los umbrales previstos en el Reglamento 139/2004. En este sentido, el artículo 22 permite a las autoridades de competencia de los Estados miembros solicitar a la Comisión Europea que examine operaciones de concentración que, aunque no tengan dimensión europea, sí afecten el comercio entre Estados miembros y puedan afectar a la competencia de manera significativa.

El caso de la operación de concentración Illumina/Grail ha supuesto un punto de inflexión para el uso del mecanismo de reenvío previsto en este artículo⁵. Ha sido el primer caso analizado tras una remisión de un Estado miembro donde la Comisión Europea ha prohibido una operación que involucra a dos empresas que no estaban domiciliadas en el territorio de la Unión Europea y en la que la empresa objetivo ni siquiera tenía un volumen de negocios en dicho territorio. Además, la operación refleja el cambio en el enfoque de la Comisión, que ha pasado de ser más tolerante a las fusiones a un mayor control de las operaciones, siguiendo un enfoque más prudente en su análisis. En este sentido, por primera vez, las inquietudes de la Comisión sobre potenciales problemas de innovación y competencia en el mercado se han trasladado al contexto de una operación de concentración vertical.

El objetivo último de este trabajo fin de grado es explicar en detalle las consecuencias jurídicas derivadas de la Comunicación de la Comisión Europea del 31 de marzo de 2021 sobre el mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones, y, en particular de la reciente sentencia del Tribunal General de la Unión Europea sobre el asunto Illumina/Grail. Se tratarán de exponer los motivos establecidos por la Comisión el Tribunal y exponer las implicaciones del nuevo enfoque seguido para futuras operaciones de concentración en la Unión.

Para el logro de los objetivos, el trabajo se ha estructurado en cinco secciones, más una conclusión y un apartado de referencias bibliográficas.

⁵ *Cfr.* Sauter, W., Canoy, M., y Mulder, J. (Ed.), *EU Competition Law and Pharmaceuticals*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2022, p. 10.

En primer lugar, el apartado de introducción trata de situar al lector, realizando una contextualización del tema y poniendo de manifiesto su relevancia.

A continuación, en el segundo apartado se explica en detalle cuáles son los antecedentes del control de concentraciones en Europa y, en particular, del artículo 22 del Reglamento 139/2004. Para ello, se expone con qué propósito se creó el precepto, se analiza con qué frecuencia se ha acudido al mecanismo en los últimos treinta años y se hace referencia a consultas públicas que se han desarrollado sobre la efectividad del Reglamento.

Posteriormente, en el tercer y cuarto apartado, se explica el contenido de la Comunicación del 30 de marzo de 2021 de la Comisión Europea sobre el reenvío de casos y los problemas de seguridad jurídica que se derivan de este enfoque. Concretamente, se describe la situación que ha llevado a la Comisión a incentivar el uso del artículo 22, se exponen los principios rectores que fundamentan su cambio y se desarrolla el procedimiento que podrían tener que seguir las empresas que quieran ejecutar operaciones de concentración.

Tras exponer el nuevo enfoque de la CE, en el quinto apartado, se analizan los argumentos expuestos por el Tribunal General de la Unión Europea, que validó el enfoque de la Comisión. Para ello, se describe el negocio de Illumina y Grail y se analizan los argumentos esgrimidos por el Tribunal sobre las teorías del daño, la competencia de la Comisión Europea en el asunto, el cumplimiento de los plazos establecidos en el artículo 22, la obligación de actuar en plazo razonable y los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Finalmente, se explican los motivos por los que Grail ha interpuesto un recurso de casación contra esta sentencia y se hace referencia a la última decisión de la autoridad de competencia en Estados Unidos.

A lo largo de todo el trabajo, se ha seguido una metodología basada en la búsqueda y estudio de fuentes de información primarias y el análisis crítico. En cuanto a la revisión de fuentes, se ha acudido a la legislación actual sobre el control de concentraciones en Europa, fuentes académicas (Google Académico, HeinOnline, ScienceDirect y EBSCOhost), bases de datos jurídicas (InfoCuria, Aranzadi y la herramienta de búsqueda de casos de competencia de la Comisión Europea) y revistas jurídicas. Respecto del

análisis crítico, se ha tratado de poner de manifiesto las dificultades prácticas que puede traer el mecanismo de reenvío en el futuro.

2. Antecedentes sobre el control de concentraciones en Europa

Actualmente, las normas de la Unión Europea sobre el control de las concentraciones se encuentran en el Reglamento 139/2004, también conocido como el Reglamento europeo de concentraciones. Esta normativa debe ser entendida en su contexto: se adoptó en un momento en el que se preveía ampliar el número de Estados miembros de la Unión y se buscaba imponer un enfoque económico en el Derecho de Competencia de Europa, utilizando datos económicos para demostrar los efectos restrictivos de las operaciones que se llevaban a cabo⁶. Su adopción dio lugar a una reforma sustantiva, procedimental y jurisdiccional de la normativa de control de concentraciones vigente en aquel momento⁷. Con el tiempo, la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea ha adquirido poderes sustanciales (tanto en Derecho de Competencia en general como en concentraciones en particular) y se ha eliminado el monopolio que ostentaba dicha institución en la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE⁸. De esta manera, el Reglamento 139/2004 proporcionó un marco analítico claro para aplicar las normas incluidas en él, basándose en principios económicos fundamentales.

Como anteriormente se ha mencionado, en el Reglamento 139/2004, el artículo 22 ya disponía el proceso de remisión de concentraciones a la Comisión: *“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”*. Además, se establecía un marco temporal

⁶ Cfr. Berg, W., “New EC Merger Regulation: A First Assessment of Its Practical impact, The Symposium on European Competition Law”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 24, N°3 Spring, 2004, pg. 684, pp. 703-705 (disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/230971538.pdf>; última consulta 1/3/2023).

⁷ Cfr. Budzinski, O., “An economic perspective on the jurisdictional reform of the European merger control system”, *European Competition Journal*, vol. 2, N°1, 2006, p. 2 (disponible en <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/29830/1/518537242.PDF>; última consulta 1/3/2023).

⁸ Cfr. Königsgruber, R. y Windisch, D., “Does European Union policy making explain accounting choices? An empirical analysis of the effects of investigations by the Directorate General for Competition on accounting choices”, *Journal of Management & Governance*, N°18, 2014, p. 718 (disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10997-012-9242-5>; última consulta 30/3/2023).

en el cual debía llevarse a cabo la 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*”.

En un primer momento, el artículo 22 del Reglamento 139/2004, también conocido como la “*Cláusula Holandesa*”, permitía que las “*autoridades nacionales remitan para su decisión un expediente a la Comisión*”⁹. Este mecanismo se desarrolló pensando en los Estados miembros que aún no tenían una regulación nacional sobre el control de concentraciones (como era el caso de Holanda), para que pudieran reenviar esos casos a la Comisión Europea, y esta institución supranacional pudiese revisar las transacciones que afectasen la competencia a nivel local o nacional¹⁰. De esta manera, la Comisión Europea tenía la posibilidad de examinar los efectos de la transacción en la jurisdicción del Estado miembro que le había referido el caso. Algunos casos de operaciones de concentración reenviadas con arreglo a este mecanismo fueron British Airways/Dan Air (la primera operación de concentración analizada tras la entrada en vigor del Reglamento 4064/89¹¹, que hacía referencia al concepto de posición dominante de la entidad resultante)¹² y Kesko/Tuko¹³ (que estableció el marco general a seguir para analizar operaciones de concentración, enfocándose en las consecuencias sobre la competencia en el mercado), cuyas solicitudes de remisión fueron aceptadas por la Comisión.

⁹ Peinado García, J.I., “Las concentraciones empresariales desde la perspectiva del ordenamiento comunitario. Apuntes sobre el Reglamento 139/2004, de 20 de enero, sobre control de concentraciones de empresas”, citado por Pino Abad, M y Font Galán, J.I., *Estudios de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005, p. 159

¹⁰ *Cf.* Modrall, J., “Illumina/Grail Prohibition: The End of the Beginning for EU Review of “Killer Acquisitions”?”, *Kluwer Competition Law Blog*, 8 de septiembre de 2022 (disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/09/08/illumina-grail-prohibition-the-end-of-the-beginning-for-eu-review-of-killer-acquisitions/>; última consulta 1/3/23).

¹¹ Reglamento (CEE) N° 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31989R4064&from=EN>; última consulta 8/1/2023).

¹² Decisión de la Comisión de 17 de febrero de 1993 (Asunto n° IV/M. 278 – British Airways/Dan Air) (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m278_en.pdf; última consulta 8/1/2023).

¹³ Decisión de la Comisión de 20 de noviembre de 1996 (Asunto n° IV/M.784 – Kesko/Tuko) (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997D0277&from=EN>; última consulta 8/1/2023).

Sin embargo, desde entonces, casi todos los países han adoptado una regulación para el control de concentraciones. A día de hoy, Luxemburgo es el único Estado miembro que no cuenta con una legislación nacional que regule el control de concentraciones.

Precisamente por esta razón, en los últimos años, se ha acudido al mecanismo de remisión previsto en el artículo 22 en pocas ocasiones. Los Estados miembros lo han utilizado sobre todo en situaciones en las que más de un Estado miembro tenía jurisdicción para entrar a analizar la misma operación. Algunos ejemplos de operaciones que han sido remitidas a la Comisión (con carácter previo a la Comunicación de septiembre de 2021) son Apple/Shazam¹⁴, Mondi/Powerflute¹⁵, Accuride/Mefro Wheels¹⁶ y Knauf/Armstrong¹⁷ (en 2018), y Iconex/ Hansol Denmark/ R+S Group¹⁸ y Johnson & Johnson / Tachosil¹⁹ (en 2019).

Dicho esto, existen varios motivos por los que los Estados miembros continúan haciendo uso de este mecanismo. Por una parte, el artículo 22 presenta una oportunidad para los Estados miembros que “*quieran alejar la fuente de decisión de la fuente del problema, se aseguren de la existencia de una autoridad administrativa (comunitaria) que controlará la concentración*”²⁰. Además, al acudir a una institución supranacional como es la Comisión Europea, se consigue reducir el uso de los recursos públicos a nivel nacional y asegurar la efectividad de las decisiones sobre las operaciones²¹.

¹⁴ Decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 2018 (Asunto nº M. 8788 – Apple/Shazam) (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8788_1279_3.pdf; última consulta 20/2/2023).

¹⁵ Decisión de la Comisión de 14 de marzo de 2018 (Asunto nº M.8831 – Mondi/Powerflute) (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202120/m8831_289_4.pdf; última consulta 22/2/2023).

¹⁶ Decisión de la Comisión de 30 de abril de 2018 (Asunto nº M.8652 – Accuride / Mefro Wheels) (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8652_388_5.pdf; última consulta 22/2/2023).

¹⁷ Decisión de la Comisión de 8 de marzo de 2018 (Asunto nº M.8832 – Knauf / Armstrong) (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/20214/m8832_2304_5.pdf; última consulta 24/2/2023).

¹⁸ Decisión de la Comisión de 13 de mayo de 2019 (Asunto nº M.9293 – Iconex/Hansol Denmark /R+S Group) (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m9293_634_3.pdf; última consulta 24/2/2023).

¹⁹ Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2019 (Asunto nº M.9547 – Johnson&Johnson/ Tachosil) (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202046/m9547_784_6.pdf; última consulta 25/2/2023).

²⁰ Pino Abad, M. y Font Galán, J.I., *op. cit.* p. 159.

²¹ *Cfr.* Persson, M. y Bright, C. “Article 22 of the EC merger regulation: an opportunity not to be missed?” *European Competition Law Review*, vol. 24, 10, 2003, p. 490 (disponible en: https://europarl.primo.exlibrisgroup.com/discovery/fulldisplay?context=PC&vid=32EPA_INST:32EPA

A lo largo de los años, han existido numerosos casos en los que, en atención al artículo 22 del Reglamento, las autoridades nacionales de competencia han tratado de remitir operaciones de concentración a la Comisión. En total, hasta febrero de 2023, se había solicitado la remisión de acuerdo con el artículo 22 del Reglamento en 46 ocasiones. Desde la Comunicación de la Comisión de septiembre de 2021 y febrero de 2023, se ha solicitado cinco veces (tres de ellas en 2022 y dos en 2023). Por lo tanto, hasta ahora, no se puede percibir un gran cambio en la actuación de los Estados miembros y la frecuencia con la que acuden al mecanismo de reenvío.

Tabla 1.1: Casos de reenvío en aplicación del artículo 22 del Reglamento 139/2004 en 1990-2006²²

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006
Reenvío art. 22	0	0	0	1	0	1	2	1	0	0	0	0	2	1	1	4	4
Reenvío art. 22.3	0	0	0	1	0	1	2	1	0	0	0	0	2	1	1	3	2
Negativa CE art. 22.3																1	1

Fuente: Elaboración propia a partir de Comisión Europea, “Statistics on Mergers cases”, 2023.

Tabla 1.2: Casos de reenvío en aplicación del artículo 22 del Reglamento 139/2004 en 2007-2023²³

	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022	2023
Reenvío art. 22	3	2	1	3	1	3	1	1	1	0	2	3	2	1	2	2	1
Reenvío art. 22.3	2	3	3	1	2	2	1	1	1	0	1	3	3	1	2	2	1
Negativa CE art. 22.3	0	0	0	1	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Fuente: Elaboración propia a partir de Comisión Europea, “Statistics on Mergers cases”, 2023.

Tal y como se muestra en la tabla anterior, se puede comprobar que, de las 46 veces en que los Estados miembros han acudido al mecanismo de reenvío, la Comisión ha procedido a la investigación de la operación en 43 ocasiones.

Entre los incluidos en la Tabla 1.2, creo interesante mencionar el caso de la operación SCJohnson / Sara Lee, del 2010. En este caso, inicialmente se notificó la operación a las autoridades de competencia en España y Portugal, ya que no tenía dimensión comunitaria,

[VI&search_scope=MyInst_and_CI&tab=Everything&docid=cdi_gale_infotrasmisc_A127886108](#); última consulta 26/3/2023).

²² Comisión Europea, “Statistics on Mergers cases”, 2023 (disponible en: https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics_en; última consulta 18/3/2023).

²³ *Ibid.*

pero sí excedía los umbrales previstos en las normativas de control de concentraciones de ambas jurisdicciones. España inicialmente solicitó la remisión del asunto a la Comisión Europea y, más tarde, otros cinco Estados miembros (que, según su regulación nacional, no podían entrar a analizar el asunto), se unieron a la solicitud.

Existen otras operaciones que han sido remitidas a la Comisión Europea aplicando el artículo 22 del Reglamento en los últimos años. Entre estas, cabe destacar la solicitud de remisión del asunto número C/1347/22 Cochlear / Oticon Medical²⁴ por parte de la CNMC a la Comisión (que, a día de hoy, está pendiente de una resolución), Meta / Kustomer²⁵ (que, fue referida por las autoridades austriacas y fue aprobada, sujeta a ciertas condiciones) y Viasat / Inmarsat (que solicitaron trece Estados miembros, entre ellos España, Bélgica y Francia, y, a día de hoy, ha sido aprobada por parte de las autoridades de Reino Unido²⁶).

Tabla 1.3: Número de veces que los Estados miembros de la UE han acudido al mecanismo de reenvío del artículo 22 del Reglamento 139/2004 entre 2005 y 2023²⁷

Alemania	15	Letonia		Grecia	2	Finlandia	3
Bélgica	2	Luxemburgo		Malta		Hungría	
Croacia		Países Bajos	1	Polonia		Italia	3
Dinamarca	1	Suecia	2	República Checa		Lituania	
España	10	Bulgaria		Austria	4	Portugal	2
Francia	4	Eslovaquia		Chipre	1	Rumanía	
Irlanda		Estonia		Eslovenia		Reino Unido	6

Fuente: Elaboración propia a partir de Comisión Europea, Herramienta de búsqueda de casos de competencia de la Unión Europea.

En la Tabla 1.3 se puede ver que la mitad de los Estados miembros de la Unión Europea han reenviado casos de concentración a la Comisión. Las autoridades de competencia en Alemania, España y Reino Unido han hecho la primera solicitud a la Comisión sobre operaciones de concentración en más ocasiones. En cambio, por motivos desconocidos,

²⁴ Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución Expediente Cochlear / Oticon Medical (C/1347/22).

²⁵ Decisión de la Comisión de 12 de mayo de 2021 (Asunto nº M.10262 – Meta/Kustomer) (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202250/M_10262_8625560_3103_5.pdf; última consulta 24/2/2023).

²⁶ Competition & Market Authority, “Anticipated Acquisition by Viasat, Inc. Of Connect Topco Limited: Provisional Findings Report”, *Assets Publishing Service*, 2023 (disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6400b7488fa8f527f7342f9a/Viasat_Inmarsat_PFs_final_.pdf; última consulta 20/3/2023).

²⁷ Comisión Europea. Herramienta de búsqueda de casos de competencia de la Unión Europea (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=2; última consulta 18/3/2023).

las autoridades de países como Luxemburgo, Bulgaria y Polonia nunca han acudido a este mecanismo.

El debate sobre la reforma del Reglamento 139/2004 ha estado presente desde que se aprobó. A lo largo de los últimos años, han tenido lugar varias consultas públicas con el objetivo de crear una regulación del control de concentraciones más efectiva²⁸.

La Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones de 2005²⁹ fue un paso importante para el control de concentraciones en Europa. Como se aprecia en la Tabla 1.1, tras la publicación del Reglamento 139/2004 y la Comunicación de 2005, en 2005 y 2006, se produjo el número máximo de reenvíos. En la Comunicación se recogen las dos condiciones necesarias para que se pueda reenviar un caso a la Comisión: la afectación del comercio entre Estados miembros y que la operación amenace con afectar la competencia en el territorio que reenvía la operación de manera significativa.

Tras varios años, en el Documento de Trabajo de la Comisión de 2009³⁰, se expresa que las autoridades de competencia nacionales consideraron que el mecanismo previsto en el artículo 22 era efectivo. Además, se indica que cinco Estados miembros se postularon a favor de permitir que los Estados miembros reenviasen casos a la Comisión sin tener jurisdicción en el caso mientras que nueve estaban en contra de ello. Por último, se menciona que, en la consulta pública que llevó a cabo la Comisión, varios de los que respondieron proponiendo “*that a Member State without jurisdiction should not be able to refer or join a referral under Article 22*” y plantearon que “*the Commission should only be able to accept Article 22 referrals when they are notifiable in three or more Member States*”, insistiendo en los problemas de seguridad jurídica que podrían derivar de ello.³¹ Es decir, ya desde el primer momento, se pusieron de manifiesto los problemas de

²⁸ Cfr. Bushell, G., “EU Merger Regulation Reform: No Smiles from the Threshold”, *Kluwer Competition Law Blog*, 2016 (disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2016/10/24/no-smiles-from-the-threshold-eu-merger-control-reform/>; última consulta 28/3/2023).

²⁹ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones (2005/C 256/02). (disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(01)&from=EN); última consulta 1/3/2023).

³⁰ Cfr. Commission Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the Council Report on the functioning of Regulation 139/2004 {COM (2009)281 final}, para 137. (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009SC0808R%2801%29>; última consulta: 1/3/2023).

³¹ *Ibid.* para. 140 y 141.

impredecibilidad que conllevaría otorgar una discrecionalidad más amplia a los Estados en el mecanismo de remisión de casos a la Comisión.

También, cabe destacar la publicación del Libro Blanco, donde se propuso la posibilidad de establecer un sistema en base a una primera nota informativa, que permitiría una colaboración entre las autoridades de competencia nacionales en operaciones de concentración que pudieran afectar a varios Estados miembros en caso de no acudir al mecanismo de reenvío del artículo 22 del Reglamento 139/2004³². Además, la propia Comisión sugirió que solo los Estados miembros que tuviesen jurisdicción sobre el caso pudieran remitirle el asunto³³. No obstante, finalmente, la Comisión concluyó que la regulación en vigor en ese momento ofrecía “*un marco adecuado para proteger eficazmente la competencia y, por tanto, a los consumidores, de los efectos anticompetitivos de las concentraciones*”, considerando que “*las mejoras en el sistema de remisión han contribuido significativamente a asignar los asuntos a la autoridad más apropiada*”³⁴.

Eso sí, también propone “*ampliar la jurisdicción de la Comisión para incluir la revisión de posibles efectos contrarios a la competencia derivados de adquisiciones de participaciones minoritarias que no otorgan control utilizando un sistema de transparencia selectivo y no intrusivo, y a hacer que el sistema de remisión de los asuntos sea más eficaz*”³⁵. En el documento, se explica que se habían estudiado tres formas alternativas para capturar las operaciones de participaciones minoritarias que no resultasen en un cambio de control, finalmente apostando por un “*sistema de transparencia «selectivo»*”, donde la Comisión se concentraría en analizar las

³² Cfr. Fotis, P. y Zevgolis, N., “Chapter 2. The Evolution of Merger Control Regime in EU and Minority Interests”, Fotis, P. y Zevgolis, N., *The Competitive Effects of Minority Shareholdings – Legal and Economic Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2016, p. 15 (disponible en: <https://media.bloomsburyprofessional.com/rep/files/9781849465342sample.pdf>; última consulta 1/3/2023).

³³ Cfr. Comisión Europea, *Libro blanco: Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la Unión Europea (Texto pertinente a efectos del EEE)*, 2014, p. 22 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0449&from=EN>; última consulta 1/3/23).

³³ *Ibid.* para. 79.

³⁴ *Ibid.* para. 69.

³⁵ *Ibid.* para. 79.

operaciones que creasen un “*vínculo significativo desde el punto de vista de la competencia*”³⁶.

Uno de los requisitos exigidos en el Reglamento 139/2004 era un “*cambio duradero de control*”, lo cual podía darse a través de una operación de fusión o una adquisición de una empresa a otra (tanto tomando control de las participaciones en el capital o comprando los elementos que componen el activo de la empresa)³⁷. Por lo tanto, al proponer ampliar la jurisdicción de la Comisión a las operaciones donde no tenga lugar un cambio de control, se estaría poniendo en cuestión el concepto mismo de concentración (en principio, las operaciones minoritarias no estarían sujetas a la normativa de control de concentraciones). En este sentido, varias de las autoridades de competencia de los Estados miembros expresaron sus inquietudes y preocupaciones sobre el nivel de seguridad jurídica que brindaría el sistema de transparencia selectivo³⁸. Particularmente, pusieron de manifiesto que “*the European mission would be unlikely to identify the potential anti-competitive effect*” y “*it would not effectively deal with the relevant theories of harm*”³⁹. De igual manera, expresaron que podrían surgir problemas sobre la proporcionalidad del sistema propuesto, particularmente por el trabajo de autoevaluación que asumirían las empresas y el riesgo de intervención *ex-post* por parte de la Comisión⁴⁰.

Vista la creciente preocupación por operaciones de concentración que no eran revisables a nivel europeo, tras un análisis pormenorizado, la Comisión Europea publicó un documento comentando su evaluación sobre los aspectos procedimentales y jurisdiccionales del control de concentraciones en Europa⁴¹. Uno de los propósitos principales de su evaluación era investigar la efectividad de los umbrales basados en el volumen de negocios de las empresas afectadas por las operaciones y analizar la

³⁶ *Ibid.* para. 47.

³⁷ Art. 3.1 del Reglamento 139/2004

³⁸ *Cfr.* Comisión Europea, Dirección General de Competencia, Boucon, L., Ypma, P., Kokkoris, I., “Support study for impact assessment concerning the review of Merger Regulation regarding minority shareholdings: final report”, *Spark Legal Network and Queen Mary University of London*, 2017 (disponible en: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0416839ENN.pdf>; última consulta 2/4/2023).

³⁹ *Ibid.* p. 61-62.

⁴⁰ Rusu, C.S., “Targeted Transparency Control of Competitively Significant Links: Heading towards Regulatory Overkill”, *Rom. Competition J.*, nº 2, 2015, p.14-16 (disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rocmpj2015&div=11&id=&page=>; última consulta 2/4/2023).

⁴¹ *Cfr.* Comisión Europea. Commission Staff Working Document Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, 2021 (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_merger_control/SWD_findings_of_evaluation.pdf; última consulta 1/3/2023).

posibilidad de añadir unos umbrales secundarios, en función del tamaño de la transacción. Finalmente, se concluyó que *“the turnover-based jurisdictional thresholds of the EU Merger Regulation, complemented with the referral mechanisms, have generally proved effective in capturing significant transactions in the EU internal market”*⁴².

Además, se menciona que, aunque los mecanismos de reenvío del Reglamento 139/2004 han cumplido su objetivo, *“the Commission’s current approach of discouraging referrals under Article 22 of the EU Merger Regulation [...] limits the effectiveness of these referrals as a corrective mechanism to the turnover-based thresholds”* y, por esa razón, se explica que *“accepting and encouraging a referral of relevant transactions would give flexibility to the Member States and the Commission to target concentrations that merit review at EU level, without imposing the notification of transactions that do not”*⁴³. A día de hoy, Alemania y Austria son los únicos países que continúan aplicando *“value-based thresholds”*⁴⁴, pero realmente, se utilizan en pocas operaciones. A su vez, las regulaciones nacionales de España⁴⁵ y Portugal⁴⁶ cuentan tanto con umbrales de facturación como con umbrales basados en las cuotas de mercado. Por último, la Comisión identifica a los sectores digitales y farmacéuticos como aquellos que podrían resultar especialmente amenazantes a la competencia.

Si bien no ha variado el texto del artículo, sí ha habido un cambio en la interpretación de la Comisión Europea sobre este proceso de remisión y los casos en los cuales debería llevarse a cabo. En un discurso el 11 de septiembre del 2020, la comisaria europea de Competencia, Margarethe Vestager, anunció que se volvería a traer el artículo 22 al primer plano, animando a los Estados miembros a que remitiesen casos a la Comisión Europea, aunque los mínimos establecidos dentro de cada jurisdicción nacional no se

⁴² *Ibid.* p. 74.

⁴³ *Ibid.* p.74.

⁴⁴ Cfr. Kühnert, H., “Austria / Germany – Joint Guidance on Transaction-Value Thresholds”, *CoRe – European Competition and Regulatory Law Review*, vol. 2, N° 2, 2018, p. 216-21 (disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/core2&div=37&id=&page=>; última consulta 1/3/2023).

⁴⁵ Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. BOE 18 de julio de 1989.

⁴⁶ Ley n.º 19/2012, de 8 de mayo de 2012, en relación al régimen legal anteriormente vigente, a la Ley n.º 18/2003 de 11 de junio (disponible en: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1705&tabela=leis; última consulta 1/3/2023).

hubiesen cumplido⁴⁷. Es importante enfatizar que, hasta ese momento, la Comisión había tomado la decisión de desincentivar las solicitudes de remisión de los Estados miembros que no ostentaban jurisdicción sobre la operación, considerando como improbable que estas operaciones pudiesen impactar el mercado interior en Europa de forma negativa.

3. La comunicación de la CE sobre reenvío de casos

El 31 de marzo de 2021, la Comisión Europea publicó la Comunicación 2021/C 113/01, en la que se incluyen las orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos⁴⁸.

En su Comunicación, la Comisión Europea defiende su posición en relación a la evolución del mercado de los últimos años al declarar que ha habido un *“aumento gradual de las concentraciones en las que participan empresas que desempeñan [...] un papel importante para la competencia en el mercado, [...] a pesar de generar un volumen de negocios escaso”*⁴⁹. Es decir, cada vez existen más empresas cuyo potencial efecto en el mercado no se ve reflejado en su volumen de negocios. Concretamente, la Comunicación hace referencia a sectores donde la competencia se ve afectada por la innovación (como los sectores farmacéutico y digital).

El hecho de que estas empresas tengan una facturación poco significativa lleva a que las concentraciones en las que se ven involucradas puedan no ser detectadas al no existir obligación de notificarlas a la Comisión Europea ni, a menudo, tampoco a las autoridades nacionales de la competencia. De ahí que, al examinar los umbrales basados en el volumen de los negocios del Reglamento 139/2004, la Comisión concluye que, aunque son eficaces para detectar operaciones con un impacto significativo en el comercio en la UE, existe *“toda una serie de operaciones transfronterizas que podrían tener también un*

⁴⁷ Cfr. Comisión Europea, “The future of EU merger control”, 11 de septiembre de 2020 (disponible en: https://commissioners.ec.europa.eu/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en; última consulta 2/10/2022).

⁴⁸ Comisión Europea. Comunicación de la Comisión: Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos, (2021/C 113). DOUE 31 de marzo de 2021. (disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331(01)&from=ES); última consulta 1/3/2023).

⁴⁹ *Ibid.* para. 9.

*impacto de este tipo que han pasado desapercibidas y no han sido examinadas ni por la Comisión ni por los Estados miembros*⁵⁰.

Por este motivo, la Comunicación anima a los Estados miembros a que, aplicando el artículo 22 del Reglamento 139/2004, soliciten a la Comisión que examine “*cualquier concentración que no tenga dimensión de la UE, pero afecte al comercio entre Estados miembros y amenace con afectar significativamente a la competencia en el territorio del Estado o Estados miembros que presenten la solicitud*”⁵¹. En otras palabras, la Comisión establece que, aunque el Estado miembro no tenga competencia sobre el asunto, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 22 del Reglamento, podrá remitir la operación de concentración a la Comisión. De esta manera, abre la posibilidad a un examen adicional de ciertas operaciones, pero “*sin imponer una obligación de notificación respecto de las operaciones que no justifiquen dicho examen*”⁵². Aquí, el problema fundamental por parte de las autoridades nacionales sería cómo asegurar que se están conociendo todas las operaciones que se llevan a cabo si, aplicando su legislación nacional, las empresas no tienen obligación de notificárselas. Ciertamente, el trabajo previo de información sobre las operaciones en curso implicaría una carga de trabajo adicional e imprevista para las autoridades de competencia nacionales. De esta manera, cabrían dos opciones: los Estados miembros podrían acabar asumiendo una obligación de revisar los efectos de las operaciones presentes sobre la competencia en su país o, podría quedar en manos de competidores y de los demás participantes en el mercado el que las autoridades conocieran las operaciones que puedan afectar al mercado negativamente (a través de una denuncia), para luego remitírselas a la Comisión Europea. A día de hoy, este sistema de control no está regulado de forma clara para los Estados miembros, por lo tanto, crea inseguridad jurídica para los que quieren llevar a cabo una operación de concentración. Asimismo, se asegura que el artículo 22 se puede aplicar a todas las concentraciones, sin excluir las que no lleguen a los umbrales de facturación o cuotas de mercado establecidas en las legislaciones nacionales⁵³. En este sentido, se mencionan ciertos sectores y se enumera una serie de categorías de casos que serían “*idóneos para la remisión en situaciones en las que la operación no ha de ser notificada con arreglo a*

⁵⁰ *Ibid.* para. 10.

⁵¹ *Ibid.* para. 6.

⁵² *Ibid.* para. 11.

⁵³ *Cfr. Ibid.* para. 6.

la legislación” nacional⁵⁴. Por lo tanto, se trataría de operaciones que no han notificadas en ningún Estado miembro, y, por lo tanto, ninguna autoridad ha podido examinar. Precisamente por la falta de información sobre este tipo de operaciones, se indica que las autoridades nacionales podrían reenviar las operaciones que no superen los umbrales, siempre que se haya solicitado antes de cumplir seis meses desde su cierre⁵⁵. De esta manera, serán las empresas que quieran llevar a cabo una operación de concentración las que tengan que analizar la probabilidad de que surjan inquietudes sobre el nivel de competencia en el mercado, incluso cuando la operación no deba ser notificada. Por su parte, las autoridades de competencia nacionales tendrán que prestar especial atención a las operaciones que se lleven a cabo en el sector industrial, farmacéutico, manufacturero y digital⁵⁶.

Como se ha mencionado, cuando un Estado miembro no tenga jurisdicción para analizar una operación, podrá reenviarla a la Comisión siempre que se cumplan los requisitos del artículo 22: que afecte al comercio intracomunitario y que afecte o amenace con afectar la competencia en el territorio del Estado miembro que reenvíe la operación. En cuanto a la primera condición, requerirá que las autoridades de competencia realicen un análisis preliminar sobre potenciales efectos en el mercado, considerándose cumplido siempre que pueda *“tener una influencia perceptible sobre las corrientes comerciales entre Estados miembros”*⁵⁷. Respecto la segunda condición, implicaría demostrar que hay un riesgo real de que la operación pueda afectar negativamente a la competencia en el mercado de forma considerable⁵⁸. En todo caso, se trataría de un análisis preliminar, es decir, reunir indicios de los efectos negativos sobre la competencia a nivel nacional y europeo. Luego, será la Comisión Europea la que analice la operación en profundidad, examinando el efecto que la transacción tiene sobre el mercado (por ejemplo, si crea una posición dominante para una empresa, si elimina una fuerza competitiva en el mercado o si reduce la capacidad de los competidores para competir).

⁵⁴ *Ibid.* para. 11.

⁵⁵ *Cfr. Ibid.* para. 21.

⁵⁶ *Cfr. Ibid.* para. 7.

⁵⁷ *Ibid.* para. 14.

⁵⁸ *Cfr.* European Competition Authorities, “Principles on the application, by NCAs within the ECA, of Articles 4(5) and 22 of the EC Merger Regulation”, 2005, p. 6-9 (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/ecn/eca_referral_principles_en.pdf; última consulta 3/4/2023).

Con el paso del tiempo, tanto la Comisión Europea como las autoridades de competencia nacionales han percibido una brecha en la aplicación del artículo 22⁵⁹. Por una parte, se estaban examinando muchos casos porque cumplían los umbrales mínimos de facturación previstos en el artículo 1 del Reglamento 139/2004, pero luego no tenían grandes implicaciones sobre el comercio en la Unión Europea. Por otro lado, se estaban llevando a cabo transacciones que potencialmente podrían plantear problemas anticompetitivos en el mercado, pero no se estaban analizando porque no eran notificables en ningún organismo de Europa. En este panorama, surge el término de “*killer acquisitions*”, por las grandes consecuencias que podrían tener en el mercado, tratándose de “*adquisiciones de empresas nacientes e innovadoras por parte de compañías fuertes [...] únicamente para discontinuar y, por lo tanto, matar de manera efectiva sus proyectos de innovación para adelantarse a la futura competencia*”⁶⁰. Las adquisiciones llevadas a cabo con este propósito han generado debate especialmente en los sectores tecnológicos y farmacéuticos. En ambos casos, existe el incentivo financiero ya mencionado para adquirir compañías innovadoras: discontinúan el futuro desarrollo de su innovación y, a su vez, eliminan futura competencia en el sector (privando a los consumidores de los beneficios de nuevos productos y mejor tecnología). En el caso de la industria farmacéutica en particular, al tratarse de un sector donde se puede obtener un gran poder en el mercado si se cuenta con una patente obtenida recientemente (con un vencimiento lejano), las operaciones de este tipo impiden que los consumidores puedan beneficiarse del desarrollo de nuevos o mejores tratamientos (a pesar de que en algunos casos se trate de tratamientos que salvan vidas) o del acceso a unos mismos tratamientos a un precio menor (cuando otras empresas están desarrollando los mismos tratamientos). En general, la adquisición de pequeños competidores antes de que crezcan elimina su presión competitiva actual o futura para el adquirente, lo cual supone que éste va a poder cobrar precios más altos a los consumidores y se reducirá la variedad y calidad de los productos presentes en el mercado.

⁵⁹ Cfr. Martins, M., “The Challenge of Merger Control in Digital Markets and the European Commission’s New Guidance on Article 22 EUMR”, *European Union Law Working Papers*, N° 67, 2022, p.100 (disponible en: <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2022/09/EU-Law-WP-67-Martins.pdf>; última consulta 2/3/2023).

⁶⁰ Šmejkal, V., “Concentrations in Digital Sector – A New EU Antitrust Standard for ‘Killer Acquisitions’ Needed?”, *InterEULawEast: journal for the international and European law, economics and market integrations*, vol. 7, N°2, p. 2 (disponible en: <https://hrcak.srce.hr/file/364229>; última consulta 1/3/2023).

La Comunicación también hace referencia a varios principios rectores (tanto jurídicos como generales) que fundamentan la remisión de operaciones de concentración a la Comisión. En cuanto a los requisitos jurídicos, tal y como prevé el Reglamento, es necesario que la operación afecte al comercio entre Estados miembros y debe haber un riesgo real de que afecte la competencia de forma negativa significativamente. Ahora bien, en todo caso, será fundamental “*tener presente, sobre todo, la necesidad de garantizar la protección efectiva de la competencia en todos los mercados afectados por la operación*”⁶¹. Para aclarar aún más cómo podría aplicarse el artículo 22, se establecen cinco tipos de casos que serían susceptibles de ser remitidos a la Comisión: una empresa emergente con gran potencial competitivo (pero aún no desarrollada), empresas con gran potencial innovador, empresas “*con acceso a activos significativos desde el punto de vista de la competencia*” y empresas que tienen componentes claves para otras industrias⁶².

Además, debido a los potenciales efectos negativos de estas operaciones en el mercado, no se establecen límites claros respecto a los plazos para solicitar la remisión del artículo 22. En principio, la remisión podría realizarse tanto antes de que concluya la operación como una vez haya sido ejecutada. De esta manera, será más fácil hacer frente a las “*killer acquisitions*”, el objetivo fundamental detrás del nuevo enfoque de la Comisión Europea para el reenvío de las operaciones de concentración.

Por último, la Comunicación hace referencia a ciertos aspectos procedimentales a tener cuenta en la aplicación del mecanismo de remisión. Fundamentalmente, insiste en la necesidad de que la Comisión y las autoridades nacionales en materia de competencia en los Estados miembros cuenten con toda la información necesaria para llevar a cabo un análisis preliminar para examinar si se cumplen los requisitos para la remisión. El plazo de 15 días laborables a partir de la comunicación de la concentración empezaría a contar desde que tenga acceso a esa información. Además, recuerda la posibilidad de que, de forma voluntaria, las partes de la operación presenten información sobre la operación que quieren ejecutar.

Habiendo entendido el cambio de enfoque que se desarrolla en la Comunicación de la Comisión, es importante destacar el hecho de que no garantiza que se reenvíen operaciones que no superen los umbrales nacionales ni los establecidos en el Reglamento.

⁶¹ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión (2021/C 113), *op. cit.* para. 18.

⁶² *Ibid.* para. 19.

A través de su Comunicación, simplemente da la posibilidad a los Estados miembros a remitir operaciones de concentración que no superen ni los umbrales de las regulaciones nacionales ni los del Reglamento 139/2004. Es decir, aunque se haya incentivado a los Estados miembros a aplicar el mecanismo de remisión previsto en el artículo 22, aún es posible que los casos de dimensión económica limitada que potencialmente tengan un impacto negativo en la competencia en el mercado queden sin examinar. Las Comunicaciones de la Comisión Europea no se encuentran entre los actos jurídicos de la Unión Europea dispuestos en el artículo 288 del TFUE, por lo que no son un instrumento obligatorio, sino de *soft law*. De esta manera, por su propia naturaleza, la Comunicación no obliga a los Estados miembros ni demás participantes en el mercado. En cambio, sí resulta vinculante para la propia Comisión Europea, ya que establece qué operaciones, en aplicación del artículo 22, aceptará de las autoridades de competencia nacionales⁶³.

4. Problemas de seguridad jurídica para las empresas que se derivan de este nuevo enfoque

El 27 de abril de 2017, la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante, “UNCTAD”), que se dedica a promover los intereses de los países en desarrollo en el comercio global, publicó una guía dirigida a las autoridades de competencia⁶⁴. Si bien sus resoluciones y guías no resultan vinculantes por sí mismas, históricamente, ha ayudado a los legisladores nacionales a mantener una protección adecuada en sus países. Por lo tanto, conviene hacer una referencia a su guía, que establece que “*merger rules should nevertheless be simple and clear and their scope limited to the operations likely to cause structural problems [...] should not raise unjustified obstacles to the economic freedom of companies*”⁶⁵. En este sentido, la seguridad jurídica debe ser una cuestión fundamental en toda regulación de

⁶³ Cfr. Looijestijn-Clearie, A., Rusu, C.S., Veendrink, M.J.M., “In search of the Holy Grail? The EU Commission’s new approach to Article 22 of the EU Merger Regulation”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 29, N° 5, 2022, p.559. (disponible en: https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1023263X221139605?casa_token=UZde79p48_0AAAAA%3AZuRenV7wBbuVzN5FhRSzDlMe-U-QYApaGs_wZ3Awj9o3FvxX8u63o3T5bJRBNMNFZGo6ck4oNrOV; última consulta 1/3/2023).

⁶⁴ United Nations Conference on Trade and Development, “Challenges in the design of a merger control regime for young and small competition authorities”, 2017 (disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd45_en.pdf; última consulta 1/3/2023)

⁶⁵ *Ibid.* p. 4.

concentraciones, ya que permite a las empresas actuar sabiendo los controles a los que podrá estar sujeta su operación.

La consecuencia de este nuevo enfoque de la Comisión Europea sobre el mecanismo de reenvío de concentraciones de los Estados miembros a la Unión Europea es el surgimiento de varios problemas de seguridad jurídica.

Un primer problema, que ha traído controversia y aún no queda claro cómo se deberá resolver tiene que ver con los plazos de la solicitud de examen de la operación. Como ya se ha mencionado, el artículo 22.1 del Reglamento 139/2004 dispone que “*la solicitud deberá presentarse en un plazo 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*”. Sin embargo, no queda claro desde cuándo debería empezar a contar este plazo.

En su sentencia sobre el caso *Illumina-Grail*, el Tribunal General de la Unión Europea expresó que “*comunicar*” se debería entender como la transmisión activa de la información necesaria a los Estados miembros en cuestión. Es decir, implicaría tener toda la información para poder evaluar las cuatro condiciones anteriormente mencionadas. Así pues, los 15 días a los que se refiere el artículo comenzarían cuando se hiciese la solicitud de la remisión por un Estado miembro a la Comisión Europea. A partir de esto, parece que se prima la flexibilidad en los plazos para la Comisión Europea y los Estados miembros. Sin embargo, eso se traduce en inseguridad jurídica para las compañías que quieran llevar a cabo una fusión, o una prohibición para las empresas que ya hayan ejecutado sus operaciones de concentración (en cuyo caso, no existiría una obligación de suspensión).

Ante esta situación, hay dos formas de actuar para las empresas: una más agresiva y otra más cauta. Por una parte, acogiéndose al artículo 22.4 del Reglamento 139/2004, se podría tratar de cerrar la operación lo antes posible. En esta situación, la Comisión no podría abrir una investigación de *gun-jumping*, puesto que “*the standstill obligation does not*

*apply if the concentration is implemented before the EC informs the parties of the referral request*⁶⁶.

La otra opción sería o bien consultar a la Comisión Europea y entrar en una discusión sobre cómo deberían tratar la fusión, o bien, notificar a los 27 Estados miembros e indagar sobre posibles problemas que pudieran surgir en cada país. En este caso, la mayor problemática sería una gran carga de trabajo (inesperada y no previamente planificada) para la Comisión Europea. Además, se correría el riesgo de que se presente una solicitud de remisión a la Comisión, algo que quizás no habría ocurrido si no se hubiese informado previamente a cada Estado miembro de manera individual.

En relación con lo anterior, quizás lo más problemático es que no hay una serie de criterios técnicos específicos que las empresas puedan tener en cuenta para decidir si sería adecuado notificar la operación a las autoridades y, en este caso, a quién se debería notificar. La anterior Comunicación de la Comisión de 2005 mencionaba la posibilidad de remitir asuntos antes de que fueran notificados formalmente, sin embargo, establecía que *“las remisiones siguen siendo una excepción a las normas generales que establecen cuáles son las autoridades competentes sobre la base de umbrales de volumen de negocios determinados de manera objetiva”* y *“sólo deberá procederse a la remisión cuando haya unos buenos motivos para descartar la «jurisdicción original»*⁶⁷. En función de esto, si las empresas consideraban sus operaciones como normales, seguramente actuarían bajo la suposición de que no se desencadenaría todo el mecanismo de remisión y podrían llevarlo a cabo sin grandes complicaciones. Además, los datos expuestos en las Tablas 1.1 y 1.2 darían una mayor cabida a esta presunción, ya que de los 8796 casos que han sido notificados, solamente 46 de ellos han sido objeto del reenvío previsto en el artículo 22.

Dicho esto, en base a la Comunicación más reciente de la Comisión (de 2021), algunos de los parámetros que resultarían interesantes podrían ser el precio de la operación (ya

⁶⁶ Kuhn, T., Sakellariou-Witt, S., Schulz, A. y Citron, P., “EU General Court confirms European Commission’s Article 22 EUMR referral policy”, *White & Case Global*, 18 de julio de 2022 (disponible en: <https://www.whitecase.com/insight-alert/eu-general-court-confirms-european-commissions-article-22-eumr-referral-policy>; última consulta 1/3/2023)

⁶⁷ Comisión Europea, Comisión de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones, (C 56/2). DOUE de 5 de marzo de 2005, para. 7 y 13 (disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(01)&from=EN); última consulta 12/3/2023)

que puede dar una idea del efecto que tendrá en el mercado) y el sector en el que operan las empresas. Al incentivar que los Estados miembros remitan operaciones a la Comisión (independientemente de que se superen o no los umbrales previstos en las legislaciones nacionales) siempre que afecte el comercio intracomunitario y amenace con afectar la competencia en un Estado miembro, la Comisión podría entrar a analizar cualquier operación (cuenta con un margen de discrecionalidad más amplio). En todo caso, queda claro que la Comisión Europea está apostando por un mayor control de la competencia en el mercado a cambio de una mayor inseguridad jurídica. Las empresas deberán hacer frente a esta inseguridad jurídica desde el inicio, y podría prolongarse incluso más allá del cierre de la operación, ya que se puede acudir al mecanismo de reenvío hasta seis meses después de que haya sido ejecutada⁶⁸. Resulta más probable que, a futuro, se acuda a las remisiones del artículo 22 del Reglamento 139/2004 para los casos que planteen problemas antimonopolio.

Un segundo problema que surge de este nuevo enfoque de la Comisión, y muy relacionado con el anterior, está relacionado con la obligatoriedad de notificar operaciones que se estén llevando a cabo, pero no cumplen los umbrales previstos en la regulación europea. Si bien se está incentivando la aplicación del artículo 22, no se puede asegurar que efectivamente se está solicitando la remisión, y, por tanto, que esas operaciones se estén analizando en la Unión Europea ni que la Comisión continúe con este nuevo enfoque a largo plazo. La Comisión estará actuando dentro de su margen de discrecionalidad tanto si continúa aplicando una política previamente establecida como si se aparta de ella: *“the discretion of the Commission to determine its competition law policy and the need to ensure the effective enforcement of the competition law rules leaves room for the Commission to change its policy if need be”*⁶⁹. Debido a esta posibilidad de la Comisión de cambiar sus políticas, se prevé que cualquier argumento por parte de las empresas basados en expectativas de políticas anteriores no tengan mucho peso⁷⁰.

Puesto en relación con el caso de Illumina-Grail, que se analizará en detalle en el siguiente apartado, el Tribunal General de la Unión Europea establece que la Comisión *“had not*

⁶⁸ Cfr. Comisión Europea. Comunicación de la Comisión (2021/C 113). DOUE 31 de marzo de 2021. para. 21.

⁶⁹ Looijestijn-Clearie, A., Rusu, C.S., Veendrink, M.J.M., *op. cit.*, p. 561-562.

⁷⁰ Cfr. *Ibid.* p. 560-563.

given any precise, unconditional and consistent assurances excluding certain referral requests in the future”⁷¹. De esta manera, se considera que el principio de la protección de las expectativas legítimas no ha sido infringido porque la política que sigue la Comisión en un momento dado es un poder discrecional suyo. Respecto al principio de seguridad jurídica, el Tribunal recuerda que se entenderá respetado cuando *“legislation enables those concerned to know precisely the extent of the obligation which are imposed on them, and that those persons are able to ascertain unequivocally what their rights and obligations are and take steps accordingly”*⁷². En este sentido, al cumplir los límites dispuestos en el artículo 22, se entiende que se ha cumplido con el principio de seguridad jurídica. Además, se manifiesta que *“that referral mechanism was also regarded as a means of strengthening the application of Community competition law to transactions with cross-border effects and of ensuring the ‘one stop shop’”*⁷³. A su vez, el principio de ventanilla única permite proporcionar seguridad jurídica y reducir la carga administrativa⁷⁴. Por lo tanto, cabe concluir que, al cumplir con el principio de ventanilla única, también se llega a garantizar la seguridad jurídica.

Aunque es cierto que la posibilidad de acudir al mecanismo de remisión siempre fue una posibilidad, el cambio de enfoque de la Comisión podría llegar a reducir el volumen de operaciones de concentración dentro de la Unión Europea hasta que los participantes cuenten con un mayor nivel de seguridad jurídica. Analizando las operaciones de concentración en el pasado, se ha encontrado que *“high policy uncertainty”* afecta negativamente las fusiones y adquisiciones que se llevan a cabo (aumentando el riesgo de degradación de la valoración de las empresas compradas y las posibilidades de retirada del acuerdo de adquisición)⁷⁵.

⁷¹ Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea Caso T-227/21, de 13 de julio de 2022 [versión electrónica base de datos CURIA ECLI:eu:t:2022:447]. Fecha de la última consulta: 1 de marzo de 2023. para. 31.

⁷² *Ibid.* para. 208.

⁷³ *Ibid.* para. 144.

⁷⁴ *Cfr.* Comisión Europea, “Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), (L119/1), (DOUE 4 de mayo de 2016), para 97 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0011&from=EN>; última consulta 12/3/2023)

⁷⁵ *Cfr.* Dang, M., Henry, D., Thai, H.A., Vo, X.V. y Mazur, M., “Does policy uncertainty predict the death of M&A deals?”, *Finance Research Letters*: 102489, vol. 46, 2022 (disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1544612321004657?ref=cra_js_challenge&fr=RR-1; última consulta 3/4/2023).

Por último, en la sentencia del Tribunal General sobre la operación Illumina/Grail del 13 de julio de 2022⁷⁶ se establece que el mecanismo establecido en el artículo 22 es un poder subsidiario de la Comisión, que permite entrar a analizar operaciones de concentración “*in specific cases and under very specific conditions*” (establecidos en el artículo 22.1 del Reglamento 139/2004)⁷⁷. Ahora bien, aunque la Comisión Europea incluye estos puntos de referencia, la amplitud de los conceptos que utiliza hace que realmente sea difícil aplicarlo en la práctica, y entender, a la luz del nuevo enfoque establecido en su Comunicación del 2021, en qué casos se podría acudir al reenvío y en cuáles no.

5. Sentencia del Tribunal General sobre el caso Illumina-Grail validando el enfoque de la Comisión

Antes de abordar la sentencia del Tribunal General sobre el caso de Illumina/Grail⁷⁸, es necesario explicar brevemente la situación de cada compañía y a qué se dedican, ya que permitirá entender por qué podría resultar tan impactante la operación si finalmente se llevase a cabo.

Illumina, Inc. tiene su sede en San Diego, California y se dedica a la creación y venta de sistemas integrados basados en matrices para la genotipificación y epigenética. La compañía está especializada en la secuenciación genómica: un proceso mediante el cual se puede determinar el ADN de un organismo. Actualmente, es un proveedor de instrumentos de secuenciación de próxima generación, principalmente, sistemas de Next Generation Sequencing (en adelante, “NGS”), que se utilizan para el análisis genético y genómico. Antes de la operación Illumina/Grail, ya había tenido experiencia en operaciones de concentración, adquiriendo empresas como Solexa (1992)⁷⁹ y Edico Genome (2013)⁸⁰. En el caso de la adquisición de Solexa y Edico Genome, en ambos

⁷⁶ Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Tercera ampliada) de 13 de julio de 2022 [versión electrónica base de datos CURIA ECLI:eu:t:2022:447] (disponible en: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=6683D48690702D7A8639D5EBDACB2E02?text=&docid=262846&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4759798>; última consulta 2/4/2023).

⁷⁷ *Ibid.* para. 171.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (Sala Tercera ampliada) de 13 de julio de 2022.

⁷⁹ Reuters Staff, “Illumina to buy genoma firm Solexa for \$600 mln”, *Reuters*, 19 de enero de 2007 (disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-illumina-solexa-idUSN1348062320061113>; última consulta 26/2/2023).

⁸⁰ Freeman, M., “Illumina buys start-up Edico Genome for \$100M to help speed up genetic analysis”, *The San Diego Union-Tribune*, 15 de mayo de 2018 (disponible en: <https://www.sandiegouniontribune.com/business/technology/sd-fi-illumina-edico-20180515-story.html>; última consulta 26/2/2023).

casos, se trataba de compañías con tecnología para continuar desarrollando el análisis genético moderno y hacer las pruebas genéticas más accesibles.

Por su parte, Grail es un cliente de Illumina. De hecho, Grail fue fundada por Illumina en 2016 y, en 2020, Illumina ya tenía una participación minoritaria en Grail del 14.5%, que tenía unas ventas muy poco significativas, y ninguna de ellas se realizaba en territorio de la Unión Europea. Actualmente, “*fabrica la mayoría de las máquinas de secuenciación de ADN que los científicos y médicos utilizan para estudiar la biología humana, diagnosticar enfermedades genéticas raras y elegir tratamientos para pacientes con cáncer*”⁸¹. Uno de los productos más importantes de la compañía es Galleri, un análisis de sangre para la detección temprana del cáncer (dirigido sobre todo a las personas que aún no presentan síntomas de la enfermedad)⁸². Para el desarrollo y la comercialización de dichos análisis de sangre, Grail utiliza sistemas NGS (como los que suministra Illumina, que es su principal proveedor). Es decir, Grail utiliza la tecnología de Illumina para desarrollar las pruebas de detección del cáncer.

Como se ha mencionado, Illumina hizo pública su decisión de adquirir Grail. Esto tuvo lugar tras la firma de un acuerdo por la compra de la compañía por 7.100 millones de dólares (pagando 3.500 millones en efectivo y 3.600 millones en acciones) y la aprobación del acuerdo por los Consejos de Administración de ambas⁸³. En su comunicado a la prensa, Illumina expresó su compromiso por el avance de la salud humana mediante la secuenciación genómica, indicando su convicción de que la mejor forma de reducir la tasa de mortalidad del cáncer (una de las principales causas de muerte a nivel global) era invirtiendo en desarrollar tecnología para la detección temprana del cáncer.

⁸¹ Herper, M. “Company Will Raise \$1 Billion To Create Blood Test To Detect Cancer”, *Forbes*, 5 de junio de 2017 (disponible en: <https://www.forbes.com/sites/matthewherper/2017/01/05/grail-which-aims-to-invent-blood-test-to-detect-cancer-to-raise-1-billion/?sh=63d76fb37928>; última consulta 12 de marzo de 2023)

⁸² *Cfr.* Liu, M.C., Oxnard, G.R., Klein, E.A., Swanton, C.S.M.C., Sneiden, M.V. y Yip, A.S., “Sensitive and specific multi-cancer detection and localization using methylation signatures in cell-free DNA”, *Annals of Oncology*, vol. 31, N°6, 2020, p. 755.

⁸³ *Cfr.* Illumina, “Illumina Acquires GRAIL to Accelerate Patient Access to Life-Saving Multi-Cancer Early-Detection Test”, *Illumina – Press Releases*, 18 de agosto de 2021 (disponible en: <https://investor.illumina.com/news/press-release-details/2021/Illumina-Acquires-GRAIL-to-Accelerate-Patient-Access-to-Life-Saving-Multi-Cancer-Early-Detection-Test/default.aspx>; última consulta 14/3/2023).

La operación de adquisición de Illumina sobre Grail podría permitir el desarrollo de las pruebas de detección temprana del cáncer en pacientes asintomáticos de forma más rápida (ya que Illumina contaría con la tecnología necesaria para llevar a cabo secuenciación genómica y también con la tecnología desarrollada hasta el momento por Grail para la detección del cáncer). En sentido contrario, podría limitar el crecimiento en el mercado y reducir la posibilidad de elección entre los productos de varios competidores por parte de los consumidores (Illumina podría favorecer a Grail, y, a su vez, perjudicar a los demás competidores en el mercado que también están desarrollando este tipo de pruebas). Precisamente por este motivo, las autoridades (tanto en Estados Unidos como en Europa) han expresado sus inquietudes, considerando que la operación de concentración Illumina/Grail podría amenazar la innovación en el mercado en el futuro.

En marzo de 2021, la operación de concentración Illumina/Grail fue impugnada por la Comisión Federal de Comercio en Estados Unidos (en adelante, “FTC”), que presentó una queja administrativa y autorizó una demanda ante un tribunal federal para bloquear la operación de adquisición, alegando que perjudicaría la competencia en el mercado.

Tabla 1.4: Fechas clave de la investigación sobre la operación Illumina/Grail

21 de septiembre de 2020	Illumina y Grail hacen pública su decisión de llevar a cabo la operación.
7 de diciembre de 2020	Se recibe una denuncia sobre la operación.
19 de febrero de 2021	La Comisión envía una carta de invitación a las autoridades de competencia de los Estados miembros.
9 de marzo de 2021	La autoridad de competencia francesa solicita el reenvío de la operación.
31 de marzo de 2021	La Comisión publica una Comunicación sobre el artículo 22 del Reglamento 139/2004.
19 de abril de 2021	La Comisión acepta la solicitud de reenvío de la autoridad francesa.
18 de agosto de 2021	Illumina anuncia que ha cerrado la operación.
13 de julio de 2022	El Tribunal General de la UE avala que la Comisión continúe conociendo la operación.
6 de septiembre de 2022	La Comisión publica la decisión de prohibición de la operación.

Fuente: Elaboración propia a partir de Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea Caso T-227/21, de 13 de julio de 2022.

De manera similar, después de que se denunciase la operación de Illumina/Grail y la Comisión Europea emitiese su Comunicación el 31 de marzo, el 20 de abril de 2021 la

institución europea aceptó la solicitud de Francia para examinar la concentración entre Illumina y Grail y comenzó una investigación en profundidad, basándose en las teorías del daño de exclusión vertical de insumos, argumentando que, después de la transacción, Illumina podría tener la capacidad y el incentivo para limitar los esfuerzos de innovación que podrían llevar a alternativas de la tecnología de Grail.

En su comunicado a la prensa, la Comisión puso de manifiesto los tres motivos principales por los que había considerado que la operación cumplía los requisitos establecidos en el artículo 22. Concretamente, argumentó que la nueva compañía podría *“restringir el acceso o incrementar el precio de los NGS y reactivos de próxima generación en detrimento de los competidores de Grail activos en el mercado de pruebas de cáncer genómico”*, el nivel de facturación de Grail no reflejaba la gran posición competitiva de la compañía (cuestión que resulta clara en el valor de la operación, 7.1 mil millones de dólares) y la expectativa de que *“las pruebas de cáncer genómico [...] cambien las reglas del juego en la lucha contra el cáncer”*⁸⁴.

Como se ha mencionado, en los últimos años, la Comisión Europea ha desarrollado de forma más consistente las teorías del daño al entrar a analizar los casos que podrían afectar a la competencia en el mercado de forma negativa. La teoría del daño más reciente se conoce como Significant Impediment to Industry Innovation (en adelante, **“SII”**), que defiende que *“a merger can and should be prohibited where it can be demonstrated that it will ‘lead to a reduction of innovation’ in a given industry ‘as a whole’”*⁸⁵. Esta teoría se desarrolla por primera vez en las Directrices sobre las concentraciones horizontales de la Comisión Europea, donde se establece que una operación de concentración entre dos empresas podría obstaculizar la competencia efectiva en el mercado de forma significativa⁸⁶. En base a ello, se ha posibilitado la intervención de la Comisión Europea en operaciones donde se prevea que puedan resultar en un menor nivel de investigación

⁸⁴ Comisión Europea, “Mergers: Commission to assess proposed acquisition of GRAIL by Illumina”, *European Commission Daily News*, 20 de abril de 2021 (disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/mex_21_1846; última consulta 14/3/2023).

⁸⁵ Petit, N., “Significant Impediment to Industry Innovation: A Novel Theory of Harm in EU Merger Control”, *International Center for Law & Economics*, 2017, p. 2 (disponible en: <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/207345/1/SSRN-id2911597.pdf>; última consulta 12/3/2023)

⁸⁶ *Cfr.* Comisión Europea, Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (C 31/5). DOUE 5 de febrero de 2004, para. 38 (disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=EN); última consulta: 12/3/2023).

y desarrollo (en adelante, “I+D”) en el mercado del producto. Por este motivo, la aplicación de la teoría del daño SIII “*would extend the reach of the EU Merger Regulation to any transaction that will lead to a general reduction in R&D in an industry*”⁸⁷. Actualmente, se defiende que “*both conglomerate and coordinated effects provide particularly fertile ground for eccentric and speculative concerns*”⁸⁸. Es decir, las teorías del daño pueden ser aplicadas tanto en operaciones de concentración verticales como en las operaciones entre conglomerados de empresas.

Específicamente, en los casos de Dow/DuPont⁸⁹ y Bayer/Monsanto⁹⁰, se analiza el efecto que pueden tener las operaciones de concentración en las posibilidades de innovación de las demás empresas que participan en el mercado. En el asunto Bayer/Monsanto, en base a la teoría del daño, la Comisión concluyó que, si la operación se llevase a cabo, podría resultar en “*la disminución de los incentivos a la innovación y de las capacidades podría manifestarse en forma de una reducción inmediata de los incentivos para continuar algunos esfuerzos de innovación existentes*” y “*incentivos reducidos para desarrollar a largo plazo el mismo número de nuevos productos*”⁹¹. Puesto en relación con el caso de Illumina/Grail, el argumento sería que, al ser Illumina uno de los principales proveedores de NGS, la empresa tendría el incentivo de denegarle el acceso a los competidores de Grail (y favorecer a Grail, ya que formaría parte del mismo grupo).

La principal diferencia entre la teoría del daño desarrollada en Dow/DuPont y Bayer/Monsanto y Illumina/Grail es que en los primeros se trataba de competidores que trataban de llevar a cabo una fusión horizontal (ambas empresas vendían una serie de productos similares). En cambio, en Illumina/Grail, se trasladaron los problemas de competencia en la innovación a una fusión vertical, donde, por definición, desde un punto

⁸⁷ Petit, N. *op cit.*, p. 3.

⁸⁸ Zenger, H. y Walker, M., “Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report”, Bourgeois, J.H.J y Waelbroeck, D.F. (ed.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law: state of play and perspectives*, 2012, p. 186-187.

⁸⁹ Case M.7932 – Dow/DuPont. Decisión de la Comisión Europea del 27 de marzo de 2017 declarando una concentración como compatible con el mercado interno y Acuerdo del Espacio Económico Europeo (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf; última consulta 1/3/2023)

⁹⁰ Case M.8084 – Bayer/Monsanto. Decisión de la Comisión Europea del 21 de marzo de 2018 declarando una concentración como compatible con el mercado interno y Acuerdo del Espacio Económico Europeo (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202150/M_8084_8063752_13335_9.pdf; última consulta 1/3/2023).

⁹¹ *Ibid.* para. 83.

de vista económico, es más difícil demostrar que la operación haya creado un incentivo económico para discriminar a los demás competidores participantes en el mercado. Además, en un mercado poco desarrollado como es el de las pruebas de detección precoz del cáncer, que hoy está creciendo rápidamente, podría resultar particularmente complicado de demostrar.

Un punto importante que movió a la Comisión a aprobar la operación de concentración fueron los compromisos que Bayer, Dow y DuPont ofrecieron (para tratar de minimizar los problemas de competencia que la institución europea puso de manifiesto). En general, en las operaciones de concentración, los compromisos estructurales son más fácilmente implementables y más radicales: permiten eliminar el poder de mercado con una sola acción y menos escrutinio⁹². Por este motivo, los compromisos estructurales son más adecuados para problemas derivados de la estructura de mercado, mientras que las de comportamiento “*are more appropriate for problems with specific behavioural features*”⁹³.

En la decisión del caso de Siemens/Alstom del 2019, la Comisión Europea consideró que el paquete de obligaciones que propusieron las empresas (que principalmente en consistía en la transferencia de activos) no trataban los problemas de competencia que había identificado⁹⁴. Tras la reacción negativa sobre el resultado de la operación, la Comisión Europea publicó un informe donde trataba de buscar un punto medio entre protección y apertura en el mercado⁹⁵. Aquí, la Comisión expresó: “*relaxing merger control [...] presents no panacea to alleged weaknesses and competitive challenges of European industry and carries significant risks – notably if this translates into authorizing anti-competitive transactions*”⁹⁶. Es decir, suavizar las condiciones necesarias para el control de concentraciones limitaría la posibilidad de intervención de la institución europea. A

⁹² Cfr. Wang, W., “Structural Remedies in EU antitrust and merger control”, *World Competition*, 2011, p. 580, volumen 34, N°4, (disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1632723; última consulta 2/4/2023)

⁹³ *Ibid.* p. 589.

⁹⁴ Cfr. Caso M.8677 – Siemens/Alstom. Decisión de la Comisión Europea del 6 de febrero de 2019 declarando una concentración incompatible con el mercado interno y Acuerdo del Espacio Económico Europeo (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/20219/m8677_9376_7.pdf; última consulta 12/3/2023).

⁹⁵ Comisión Europea, Centro Europeo de Estrategias Políticas. “EU industrial policy after Siemens-Alstom: Finding a new balance between openness and protection”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, 2019, p. 4 (disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/03fb102b-10e2-11ea-8c1f-01aa75cd71a1>; última consulta 12/3/2023)

⁹⁶ *Ibid.*

futuro, eso podría llevar a ineficiencias en el mercado y un empeoramiento del bienestar de los consumidores.

En su caso, Illumina también ofreció remedios para atenuar los efectos de la operación. En primer lugar, ofreció “*a licence open to NGS suppliers to some of Illumina’s NGS patents, and a commitment to stop patent lawsuits*” contra BGI Genomics durante tres años⁹⁷. El principal problema de este remedio era su duración limitada en el tiempo y el hecho de que no garantizase que se encontrase una alternativa viable a los sistemas NGS de Illumina al que pudieran acceder los competidores de Grail. El segundo compromiso propuesto fue concluir “*agreements with GRAIL’s rivals under the conditions set out in a standard contract*”⁹⁸. Con esto, se buscaba que los competidores de Grail pudieran continuar accediendo a los sistemas NGS de Illumina. En este caso, el problema fundamental fue su falta de aplicabilidad en la práctica, ya que no abordaron todas las estrategias que la empresa podría haber llevado a cabo para excluir a los rivales de Grail del mercado (por ejemplo, negándose a ofrecerles soporte técnico en los sistemas NGS). A pesar de los remedios propuestos, la Comisión recibió comentarios negativos por parte de los operadores del mercado en las pruebas de mercado que llevó a cabo (considerando que Illumina podría haber evadido sus obligaciones fácilmente, favoreciendo a Grail en perjuicio de los demás competidores), por lo que, finalmente, los consideró insuficientes.

A pesar de la situación existente y las dudas anticompetitivas por parte de las autoridades europeas y estadounidenses (el proceso de investigación sobre la operación seguía en curso), Illumina y Grail anunciaron públicamente el cierre de la operación el 18 de agosto de 2021. Sin embargo, de acuerdo con el artículo 7 del Reglamento 139/2004, no se debería ejecutar una operación de concentración hasta que la Comisión haya terminado su investigación y manifestado su conformidad con la operación (ya sea mediante una simple aceptación o imponiendo condiciones). De este modo, la conclusión de la operación antes de obtener una decisión por parte de la Comisión podría considerarse como un incumplimiento de la obligación de suspensión de la concentración.

⁹⁷ Cfr. Comisión Europea, “Mergers: Commission prohibits acquisition of GRAIL by Illumina”, 6 de septiembre de 2022 (disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_5364; última consulta 30/3/2023).

⁹⁸ *Ibid.*

Por su parte, el 20 de agosto de 2021, la Comisión Europea anunció que había decidido “*abrir una investigación para evaluar si la decisión de Illumina de completar su adquisición de GRAIL, mientras la investigación en profundidad de la Comisión sobre la transacción propuesta aún está en curso, constituye un incumplimiento de la "obligación de suspensión" en virtud del artículo 7 del Reglamento de concentraciones. La obligación de suspensión evita el impacto negativo potencialmente irreparable de las transacciones en el mercado, a la espera del resultado de la investigación de la Comisión. Esta investigación es independiente de la investigación en profundidad de la Comisión sobre el fondo del asunto, que continuará de acuerdo con los plazos previstos en el Reglamento de concentraciones*”⁹⁹.

Poco después, el 20 de septiembre de 2021, la Comisión Europea comunicó a las empresas su intención de que adoptasen una serie de medidas cautelares (vinculantes para ambas empresas)¹⁰⁰. Finalmente, las medidas se aprobaron el 29 de octubre de 2021, con una duración de 12 meses para tratar de evitar que se desplieguen consecuencias negativas irreparables sobre el mercado y restablecer las condiciones de competencia efectiva tras el cierre de la adquisición de Grail por parte de Illumina¹⁰¹. Entre estas, se puede encontrar la obligación de que Grail se mantenga separado de Illumina y que sean administradas independientemente, la prohibición de compartir información confidencial comercial (exceptuando las ocasiones en que sea necesario para llevar a cabo sus operaciones), que Illumina financie los fondos necesarios para que Grail continúe funcionando, continuar con una relación comercial conforme a los usos del mercado (sin favorecer a Grail en perjuicio de sus competidores) y que Grail trabaje las alternativas posibles en caso de que la Comisión prohíba la operación. Luego, el 28 de octubre de 2022, la Comisión renovó las medidas cautelares cuyo objetivo continúa siendo evitar que se produzcan efectos negativos irreparables sobre la competencia en el mercado¹⁰². Posteriormente, el 5 de diciembre de 2022, en un comunicado de prensa, la Comisión Europea envió un Pliego de cargos a Illumina y Grail, informándoles sobre su intención de que adoptasen una serie

⁹⁹ Comisión Europea, “Mergers: Commission starts investigation for possible breach of the standstill obligation in Illumina / GRAIL transaction”, 20 de agosto de 2021 (disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_4322; última consulta 12/3/2023)

¹⁰⁰ Cfr. Comisión Europea, “Mergers: Commission adopts interim measures to prevent harm to competition following Illumina’s early acquisition of GRAIL”, 29 de octubre de 2021 (disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_5661; última consulta 12/3/2023)

¹⁰¹ Art. 8.5a del Reglamento 139/2004

¹⁰² Cfr. Comisión Europea, “Daily News 28 / 10 / 2022”, 28 de octubre de 2022 (disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEX_22_6467; última consulta 12/3/2023)

de medidas de restauración para revertir la operación y medidas transitorias hasta hacerlo¹⁰³. Entre estas, se encuentra la obligación de restaurar la independencia completa de Grail sobre Illumina (asegurando que la empresa continúe siendo tan viable y competitiva como lo era antes del cierre de la operación)¹⁰⁴.

En este sentido, Illumina y Grail se enfrentan a dos posibles sanciones económicas. Por una parte, en caso de no cumplir con las medidas cautelares impuestas, podrá tener que hacer frente a una sanción de “*hasta un 10% del volumen de negocios total de la empresa*”¹⁰⁵. De igual manera, en caso de que la Comisión considere que el cierre de la operación antes de la publicación de la decisión de la Comisión sobre la misma constituye una infracción del Reglamento, las empresas se enfrentarían a sanciones que podrían llegar hasta el 10% de su volumen de negocios total¹⁰⁶. En este sentido, el año pasado, Illumina ya hizo una reserva de 453 millones de USD para hacer frente a multa que le puedan imponer¹⁰⁷.

En su sentencia del 13 de julio de 2022, el Tribunal General de la Unión Europea se pronunció sobre la admisibilidad del recurso presentado por Illumina, la competencia que ostenta la Comisión en el asunto (determinando las condiciones requeridas en virtud del artículo 22 del Reglamento 139/2004) y el respeto de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima.

En primer lugar, el TGUE entra a analizar la falta de competencia de la Comisión en el asunto alegada por Illumina¹⁰⁸. Concretamente, examina si la Comisión ostenta la competencia para analizar un asunto que le ha sido reenviado por un Estado miembro que cuenta con una regulación nacional sobre el control de concentraciones, pero no supera los límites que establece. Para ello, realiza una interpretación literal, histórica, contextual y teleológica del artículo 22 del Reglamento 139/2004.

¹⁰³ Cfr. Comisión Europea, “Mergers: The Commission adopts a Statement of Objections outlining measures to unwind Illumina’s blocked acquisition of GRAIL”, 5 de diciembre de 2022 (disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_7403; última consulta 30/3/2023).

¹⁰⁴ Cfr. *Ibid.*

¹⁰⁵ Art. 14.2 del Reglamento 139/2004

¹⁰⁶ Art. 14.2 del Reglamento 139/2004

¹⁰⁷ Cfr. Illumina, “Illumina Reports Financial Results for Third Quarter of Fiscal Year 2022”, 3 de noviembre de 2022 (disponible en: <https://www.illumina.com/company/news-center/press-releases/press-release-details.html?newsid=1b98ee50-90d2-467c-b72c-6b8263e4ee1e>; última consulta 20/3/2023).

¹⁰⁸ Sentencia del TGUE (Sala Tercera ampliada) de 13 de julio de 2022, para. 85.

En su análisis sobre la literalidad del artículo, el Tribunal concluye que no se distingue entre Estados miembros en función de si tienen una regulación nacional¹⁰⁹. Por lo tanto, los Estados pueden solicitar el reenvío de cualquier operación de concentración que cumpla cuatro condiciones: que uno o más países realiza la solicitud, que satisfaga la definición de una operación de concentración, que exista una potencial amenaza a la competencia en el Estado miembro que solicita el reenvío y que afecte el comercio entre Estados miembros.

Respecto a la interpretación histórica realizada sobre el artículo, el TGUE establece que, aunque este mecanismo de reenvío fue diseñado para los Estados miembros que no contaban con una regulación para el control de concentraciones, no impide que otros Estados miembros puedan recurrir a él¹¹⁰. En este sentido, considera que el término “*Estado miembro*” incluye a todos los Estados miembros parte de la Unión Europea y no distingue entre si existe una regulación de control de concentraciones nacional. Además, esta interpretación es acorde con el objetivo principal del Reglamento 139/2004 de reforzar la aplicación del Derecho comunitario de competencia a operaciones con efectos transfronterizos que no cumplan con los umbrales de facturación europeos, asegurar el “*one stop shop*” y prevenir la examinación de una misma operación de concentración por las autoridades de competencia de varios Estados miembros de forma paralela. De esta manera, solo sería necesario verificar que el mecanismo haya sido accionado por un Estado miembro.

En su interpretación contextual, el Tribunal explica las diferencias entre los mecanismos de reenvío entre el artículo 4, 9 y 22 del Reglamento 139/2004, puntualizando que, en el caso del artículo 22, no se restringe la posibilidad de los Estados miembros de acudir al mecanismo. Esta consideración se debe a que el artículo 22 está redactado de forma amplia para incluir a cualquier operación de concentración¹¹¹.

Por último, la interpretación teleológica del artículo defiende que los mecanismos de reenvío fueron creados para mejorar las insuficiencias del actual sistema de control de

¹⁰⁹ Cfr. *Ibid.* para. 90.

¹¹⁰ Cfr. *Ibid.* para. 97 y 98.

¹¹¹ Cfr. *Ibid.* para. 120.

concentraciones basado en umbrales de facturación¹¹². De esta manera, la Comisión ostenta facultades subsidiarias que le permiten tener flexibilidad para alcanzar los objetivos del Reglamento. Nuevamente, se asegura que no es necesario que las operaciones superen los umbrales establecidos en la legislación nacional para que los Estados miembros puedan reenviar las operaciones a la Comisión¹¹³.

Por todo lo anterior, el Tribunal General concluye que los Estados miembros podrán hacer uso del mecanismo de reenvío previsto en el artículo 22 con independencia de lo que establezca la legislación nacional sobre el control de concentraciones. De esta manera, afirma que la Comisión Europea actuó correctamente al admitir la solicitud de remisión por parte de la República francesa y la adhesión a su solicitud por parte de Bélgica, Islandia, Noruega y Países Bajos.

En segundo lugar, el TGUE analiza el cumplimiento de los plazos establecidos en el Reglamento 139/2004 por parte de las autoridades europeas. El artículo 22.1 establece:

“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.”

En este sentido, es fundamental entender cuándo comienza el plazo de 15 días laborables establecido en el 22(1). La literalidad del precepto no explica qué información se debe haber transmitido ni de qué forma se debe haber transmitido para poder afirmar que se ha comunicado una operación de concentración a la Comisión Europea. A este respecto, el significado del término “*comunicar*” difiere según el idioma del Reglamento: según la versión inglesa, francesa y española, debe haber una acción de transmisión de la información; en cambio, en la versión búlgara sugiere que cualquier forma de conocimiento sobre la operación de concentración es suficiente¹¹⁴. Tratando de realizar una interpretación del término “*comunicar*” en el contexto de una interpretación armónica

¹¹² *Cfr. Ibid.* para. 142.

¹¹³ *Cfr. Ibid.* para. 148.

¹¹⁴ *Ibid.* para. 189.

de toda la regulación del control de las concentraciones, el Tribunal finalmente concluye que implicaría “una transmisión activa de información que permite evaluar las condiciones para que aplicar el artículo”¹¹⁵. Además, debería tener disponible toda la información necesaria y suficiente que permitiese al Estado miembro llevar a cabo una investigación preliminar sobre el cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 22 del Reglamento 139/2004 para poder presentar la solicitud de reenvío.

El 19 de febrero de 2021, la Comisión Europea envió una carta de invitación a las autoridades en materia de competencia de los Estados miembros. En este sentido, la República Francesa afirma que la Autoridad de Competencia Francesa (en adelante, “ACF”) no pudo realizar una evaluación preliminar sobre el cumplimiento de los requisitos del artículo 22.1 del Reglamento 139/2004 hasta recibir esa carta. Por lo tanto, el Tribunal General concluye que la solicitud de remisión presentada por la República de Francia el 9 de marzo de 2021 estuvo dentro del plazo de 15 días laborales¹¹⁶.

Una cuestión fundamental que se plantea se relaciona con la obligación de la Comisión de actuar en un plazo razonable. En este sentido, Illumina hizo pública su decisión de adquirir Grail el 21 de septiembre de 2020. Sin embargo, el TGUE afirma que la Comisión tuvo conocimiento de la operación de concentración por primera vez el 7 de diciembre de 2020, día en el que recibió una denuncia sobre el asunto. A pesar de que no se cumpliesen los requisitos para que las empresas tuviesen la obligación de notificar la operación según el Reglamento europeo, la Comisión envió su carta de invitación a las autoridades de todos los Estados miembros el 19 de febrero de 2021. Durante ese tiempo, la Comisión Europea tuvo una videoconferencia con el denunciante, llevó a cabo una investigación de mercado analizando los potenciales efectos que la operación podría tener sobre el mercado y estuvo en contacto con las autoridades nacionales de competencia de varios Estados miembros. Después de recibir la carta de invitación, las autoridades francesas reenviaron el asunto a la Comisión Europea en marzo de 2021, por lo que el TGUE consideró que la remisión estuvo dentro del plazo necesario. En este sentido, el Tribunal expone que, aunque la carta de invitación de la Comisión se envió en febrero de 2021, la información que la institución utilizó para llevar a cabo su investigación principalmente consistió en comunicados de prensa, informes y presentaciones que llevaban publicados

¹¹⁵ *Ibid.* para. 200.

¹¹⁶ *Cfr. Ibid.* para. 214.

desde el 21 de septiembre de 2020¹¹⁷. Es decir, la información estaba públicamente disponible en la fecha en que la Comisión recibió la denuncia sobre la operación.

Uno de los grandes objetivos que se buscaban con el Reglamento 139/2004 eran la efectividad y rapidez, por lo que el Tribunal concluye que el plazo de 47 días laborales pasado entre el 7 de diciembre de 2020 y el 19 de febrero de 2021 no se encuentra justificado. El TGUE menciona que “*la Comisión pudo haber contactado las cuatro potenciales autoridades de competencia nacionales competentes en el asunto mucho más rápido*”¹¹⁸, lo cual, en la práctica, no tuvo lugar hasta enero de 2021. Además, declara que la evidencia presentada por parte de la Comisión demostrando su actividad continua en el asunto es insuficiente para poder considerar el plazo de tiempo como razonable. Por todo lo anterior, el TGUE declara que “*la carta de invitación fue enviada en un periodo de tiempo irrazonable*”¹¹⁹.

Dicho esto, una decisión tomada al término de un proceso administrativo en materia de competencia solo puede ser anulada por incumplimiento del principio de plazo razonable cuando haya resultado en un incumplimiento del derecho a defensa¹²⁰. El TGUE afirma que las partes fueron informadas del envío de la carta de invitación y la solicitud de reenvío (pudiendo presentar sus observaciones al respecto), declara que Illumina solamente se ha visto negativamente afectada por las decisiones de la Comisión (no por su carta de invitación, que considera como un mero trámite intermedio sin efectos jurídicos obligatorios para las partes) y expone que tanto Illumina como Grail tuvieron la oportunidad de ser escuchadas (garantizándoles su posibilidad de expresar su punto de vista durante el procedimiento)¹²¹. De igual manera, el Tribunal considera que, por un lado, Illumina y Grail no han sido capaces de concretar los errores materiales que contenía la carta de invitación e influyeron sobre la solicitud de reenvío de la autoridad francesa y por otro, que la solicitud de remisión ya muestra que existe un riesgo de perjudicar significativamente la competencia en el mercado¹²².

¹¹⁷ Cfr. *Ibid.* para. 230.

¹¹⁸ *Ibid.* para. 237.

¹¹⁹ *Ibid.* para. 239.

¹²⁰ Cfr. *Ibid.* para. 240.

¹²¹ Cfr. *Ibid.* para. 242 y 243.

¹²² Cfr. *Ibid.* para. 244.

Por todo esto, el TGUE concluye no se ha visto infringido el derecho a la defensa de las partes y, por ello, no se puede declarar la anulabilidad de la decisión en pase al incumplimiento de principio de plazo razonable. Ahora bien, no queda claro cuál es el derecho de defensa al que se refiere, si es el derecho de defensa de las partes contra la posición de la Comisión Europea o el derecho de defensa de las partes sobre la operación de concentración como tal.

Por último, el Tribunal General analiza el cumplimiento de los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. El Considerando 11 del Reglamento 139/2004 dispone “*las normas que regulan la remisión de las concentraciones [...] deben actuar como un mecanismo corrector eficaz a la luz del principio de subsidiariedad. Estas normas protegen de manera adecuada los intereses de los Estados miembros en materia de competencia, al tiempo que tienen debidamente en cuenta la seguridad jurídica y el principio de ventanilla única*”. Partiendo de esa base, resulta claro que tanto la Comisión como los Estados miembros deberán respetar los principios al aplicar el artículo 22.

Por una parte, el Tribunal afirma que no se puede considerar que el discurso de la comisaria europea de Competencia ofrezca una garantía precisa e incondicional sobre el tratamiento de la operación Illumina/Grail¹²³. Por otra parte, el TGUE insiste en el margen de discreción que ostentan tanto la Comisión como los Estados miembros en el Derecho de competencia y su poder en la decisión de reenviar operaciones de concentración de acuerdo con el mecanismo previsto en el artículo 22 del Reglamento. Si bien es cierto que la Comisión había seguido una política que desincentivaba a las autoridades de competencia nacionales de hacer uso del mecanismo, realmente, nunca se impidió esta posibilidad. Es más, el objetivo de esta política no era que la Comisión “*parase de examinar casos que pudiesen afectar gravemente a la competencia en el mercado único*”¹²⁴. Por lo tanto, en todo caso, la Comisión podría aceptar el reenvío del caso y entrar a analizar la operación.

Finalmente, tras la sentencia del TGUE, el 6 de septiembre de 2022, la Comisión Europea hizo pública su decisión de prohibir la operación de adquisición de Grail por Illumina. En su decisión, la Comisión partía de la base de que Grail y sus competidores estaban

¹²³ Cfr. *Ibid.* para. 260.

¹²⁴ *Ibid.* para. 261.

compitiendo en el mercado, participando en una carrera por la innovación para crear y vender pruebas de detección temprana del cáncer. Puesto que los competidores de Grail también utilizaban los sistemas NGS desarrollados por Illumina, la operación de concentración podría impedir que los rivales de Grail pudieran continuar desarrollando sus *tests*. La Comisión consideró que el mercado de pruebas de detección precoz del cáncer basadas en sistemas NGS tenía mucho potencial a medio-largo plazo, por lo que Illumina podría verse incentivada a bloquear a los competidores de Grail. Además, esta situación se veía afectada porque no había ninguna alternativa a Illumina como proveedor y, en todo caso, el cambio de proveedor sería una operación costosa y llevaría mucho tiempo. Como se ha mencionado anteriormente, si bien Illumina propuso un número de soluciones para abordar las inquietudes de la Comisión, la institución las consideró insuficientes, ya que no eliminaba su capacidad de excluir a los rivales de Grail ni evitaba las consecuencias negativas de la transacción sobre los competidores de Grail.

El 30 de septiembre de 2022 Grail interpuso un recurso de casación, solicitando al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que anulase la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea (donde se autorizaba a la Comisión a entrar a analizar operaciones de concentración que no tuviesen dimensión europea) y también la Decisión de la Comisión (que prohibió la adquisición de Grail por Illumina, considerando que reduciría la innovación y resultaría en un perjuicio para los consumidores en el mercado de pruebas de sangre de detección temprana del cáncer).

Si bien es cierto que, a día de hoy, no se ha publicado la sentencia del TJUE sobre el asunto, hay que conocer los motivos del recurso interpuesto por parte de Grail¹²⁵. En primer lugar, Illumina declara que el TGUE ha incurrido en error al interpretar que el artículo 22.1 posibilita que los Estados miembros presenten solicitudes de remisión sobre concentraciones que no cumplen los requisitos establecidos en sus legislaciones nacionales¹²⁶. En segundo lugar, Illumina alega que el TGUE ha incurrido en error al interpretar cuándo comienza el plazo de 15 días establecido en el artículo 22.1, habiendo considerado que será cuando las partes hayan facilitado la información necesaria a las

¹²⁵ *Cfr.* Recurso de casación interpuesto el 22 de septiembre de 2022 por Illumina, Inc. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera Ampliada) dictada el 13 de julio de 2022 en el asunto T-227/21, Illumina/Comisión (Asunto C-611/22P) (2022/C 432/15) (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62022CN0611&from=ES>; última consulta 3/4/2023).

¹²⁶ *Cfr. Ibid.*

autoridades de competencia del Estado miembro¹²⁷. Además, argumenta que se ha vulnerado el principio de seguridad jurídica, obligación de actuar en un plazo razonable y el derecho de defensa de Illumina debido a los plazos de tiempo excesivos transcurridos. Por último, Illumina expone que el TGUE ha incurrido en error al desestimar la vulneración de la confianza legítima invocado previamente por la empresa¹²⁸.

En las últimas semanas, la FTC también ha ordenado a Illumina a que venda la unidad de negocio de Grail, considerando, igual que la Comisión Europea, que es probable que la operación reduzca la competencia en el mercado de EE.UU. para el desarrollo y comercialización de las pruebas de detección temprana del cáncer de manera significativa¹²⁹. La agencia estadounidense pone de manifiesto que es vital importancia que se desarrollen pruebas efectivas a un precio asequible, y estima que la operación Illumina/Grail disminuiría la innovación en el mercado¹³⁰.

Además, explica que la situación actual de Illumina en el mercado de EE.UU. no hace más que apoyar esta orden de venta. Actualmente, Illumina está posicionado como el único proveedor viable de sistemas NGS (un insumo fundamental en las pruebas de detección del cáncer), tiene muchas formas de excluir a los competidores de Grail del mercado (dificultando el acceso de los competidores a los insumos y alterando el precio al que los venden) y obtendría un gran beneficio financiero si Grail desarrollase y vendiese más pruebas que sus competidores (lo cual sería un incentivo para que Illumina excluyese a los demás participantes en el mercado)¹³¹.

Por último, expone que el comportamiento de Illumina en el pasado refuerza la preocupación sobre la competencia en el mercado. Mientras que Grail era enteramente controlada por Illumina, ésta le vendió NGS a precios especiales y le otorgó otros beneficios adicionales¹³².

¹²⁷ *Cfr. Ibid.*

¹²⁸ *Cfr. Ibid.*

¹²⁹ *Cfr.* Federal Trade Commission, “Final Order In the Matter of Illumina, Inc., a corporation; and GRAIL, Inc., a corporation.”, Docket No. 9401 PUBLIC, 31 de marzo de 2023 (disponible en: https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/d09401commissionfinalorder.pdf; última consulta 5/4/2023).

¹³⁰ *Cfr.* Federal Trade Commission, “FTC Orders Illumina to Divest Cancer Detection Test Maker GRAIL to Protect Competition in Life-Saving Technology Market”, 3 de abril de 2023, para 3, (disponible en: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/04/ftc-orders-illumina-divest-cancer-detection-test-maker-grail-protect-competition-life-saving>; última consulta 5/4/2023).

¹³¹ *Cfr. Ibid.* para. 4-6.

¹³² *Cfr. Ibid.* para. 7.

Poco después, Illumina también ha hecho pública su intención de interponer un recurso contra la decisión de la FTC ante los tribunales federales, buscando obtener una resolución a la vez que el TJUE en Europa¹³³.

6. Conclusiones y aspectos críticos

Las legislaciones de control de concentración tratan de evitar que se lleven a cabo operaciones que puedan afectar la competencia negativamente. Actualmente, las regulaciones nacionales de la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea establecen unos umbrales de facturación y de cuotas de mercado a partir de las cuales las empresas tienen obligación de notificar sus operaciones.

A su vez, el Reglamento 139/2004 cuenta con un sistema de control *ex ante*, en virtud del cual, siempre que se superen unos niveles de facturación, la operación deberá ser notificada ante la Comisión Europea, que tendrá jurisdicción exclusiva sobre la concentración. Además, a través del artículo 22, se permite que las autoridades de competencia de los Estados miembros soliciten a la Comisión Europea que examine operaciones de concentración que, aunque no tengan dimensión europea, sí afecten el comercio entre Estados miembros y amenacen con afectar la competencia de manera significativa.

En los últimos años, se ha puesto en duda la efectividad de este sistema de evaluación de las operaciones de concentración en base a unos límites objetivos porque no consigue controlar todas las operaciones que puedan obstaculizar la competencia. Concretamente, no había forma de controlar las operaciones donde empresas bien establecidas en el mercado adquirirían empresas de reciente creación con gran capacidad de innovación. Al no superar los umbrales establecidos, las empresas no tenían obligación de notificar la operación a ninguna autoridad de la Unión Europea.

En este contexto, la Comisión Europea publicó una Comunicación el 31 de marzo de 2021 donde explicaba el nuevo enfoque que seguiría al aplicar el mecanismo de remisión

¹³³ Cfr. Illumina, “Illumina Will Appeal FTC Decision in Federal Court, Will Seek US Resolution by Late 2023 or Early 2024”, 3 de abril de 2023 (disponible en: <https://investor.illumina.com/news/press-release-details/2023/Illumina-Will-Appeal-FTC-Decision-in-Federal-Court-Will-Seek-US-Resolution-by-Late-2023-or-Early-2024/default.aspx>; última consulta 5/4/2023).

establecido en el artículo 22 del Reglamento europeo. En este documento, se anima a los Estados miembros a que reenvíen operaciones de concentración que afecten el comercio intercomunitario y amenacen con afectar la competencia en los Estados miembros, aunque no tenga dimensión comunitaria y el Estado miembro no tenga competencia inicial para examinar la operación.

La sentencia del TGUE del 13 de julio de 2022 finalmente avaló la decisión de prohibición de la operación de la Comisión Europea, considerando que la Comisión había actuado dentro de su margen de discrecionalidad y argumentando que se habían respetado los principios de confianza legítima y seguridad jurídica. El Tribunal sí determina que se ha vulnerado el principio de plazo razonable, pero establece que eso no justifica la anulación de la decisión (puesto que la infracción no origina una vulneración del derecho a la defensa de las empresas).

A día de hoy, la operación Illumina/Grail ha sido completada por parte de las empresas, pero posteriormente, las autoridades de competencia (tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea) la han prohibido, ordenando a Illumina a que se desprenda de Grail.

Dicho esto, es importante poner en perspectiva el cumplimiento del plazo de los 15 días establecidos en el artículo 22.1. En un intento de controlar operaciones que podrían resultar muy perjudiciales para el mercado, el TGUE acaba argumentando que el principio de plazo razonable no se ha vulnerado porque se ha respetado el derecho de defensa. Resulta cuestionable el que, siendo una operación pública desde septiembre de 2020, en diciembre se celebrasen las primeras reuniones con el denunciante de la operación y, cuatro meses más tarde (en abril), la Comisión haya aceptado la solicitud de reenvío de la autoridad francesa. Con plazos tan largos, al final, se acaba perjudicando el desarrollo de las operaciones y la innovación en el mercado.

Además, resulta problemática la interpretación que está realizando la Comisión Europea del artículo 22 del Reglamento 139/2004, ampliando los casos de reenvío a situaciones donde ni se superan los umbrales establecidos en las legislaciones nacionales de los Estados miembros ni los del propio Reglamento (al final, se están incluyendo todo tipo de operaciones). De igual modo, resulta discutible la voluntad de la Comisión de proteger intereses superiores a costa de la seguridad jurídica.

La Unión Europea es una asociación política y económica que, en todo momento, se ha construido a base del respeto permanente a la seguridad jurídica, la fiabilidad y la previsibilidad. Por lo tanto, se debería tratar de promover una regulación que concrete de forma clara y transparente en qué casos se puede acudir al mecanismo de reenvío previsto en el artículo 22 y en cuáles no. Es decir, una regulación que desarrollase un marco regulatorio y estableciese los límites bajo las cuales se puede acudir a las revisiones por parte de las instituciones europeas. No se discute el interés de la Comisión en promover la innovación y competitividad en el mercado ni los beneficios que eso conlleva para el consumidor (ya sea a través de menores precios, más opciones de elección en el mercado o mayor calidad de los bienes y servicios disponibles). Sin embargo, no debería ser a costa de la seguridad jurídica en el mercado, ya que ambas cuestiones no son incompatibles.

Actualmente, no hay un marco claro establecido para controlar las operaciones de concentración entre empresas que no cumplen los umbrales mínimos establecidos en las regulaciones nacionales. Por lo tanto, cada Estado miembro es libre de reenviar a la Comisión las operaciones que estime a través del mecanismo del artículo 22. Son precisamente este tipo de situaciones las que se deben regular, haciendo uso de los mecanismos existentes para eliminar la incertidumbre actual. Al elaborar una regulación (y no simplemente hacer uso de la vía de las Comunicaciones), se asegura que todos los agentes económicos conozcan cuándo sus operaciones (por superar determinados umbrales claramente establecidos) van a ser revisadas por la Unión Europea por el efecto perjudicial que puedan causar en el mercado.

Por último, también se debería establecer una regulación clara para los sectores que se han considerado como susceptibles de las “*killer acquisitions*”. El interés de la Unión Europea de proteger el mercado de las operaciones que se puedan llevar a cabo en determinados sectores es coherente con su deseo de favorecer la innovación en el mercado. Sin embargo, nuevamente, se debe acudir a una regulación donde se especifiquen los sectores que puedan resultar más problemáticos (por ejemplo, el farmacéutico y tecnológico), y se desarrolle marco normativo que resulte claro para todos los participantes en el mercado. No hay nada que impida que se elabore una regulación para los sectores especialmente sensibles. De esta manera, se logrará mantener la seguridad jurídica y se protegerá la confianza jurídica de las empresas.

7. Bibliografía

Legislación:

Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. BOE 18 de julio de 1989.

Reglamento (CEE) N° 4064/89 del Consejo de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas. DOUE 30 de diciembre de 1989.

Reglamento (CE) N° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento comunitario de concentraciones”). DOUE 29 de enero de 2004.

Ley n.º 19/2012, de 8 de mayo de 2012, en relación al régimen legal anteriormente vigente, a la Ley n.º 18/2003 de 11 de junio (disponible en: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1705&tabela=leis; última consulta 1/3/2023).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. DOUE 30 de marzo de 2010.

Comisión Europea. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), (L119/1). DOUE 4 de mayo de 2016 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012PC0011&from=EN>; última consulta 12/3/2023)

Actos jurídicos no vinculantes de la UE:

Comisión Europea. Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, (C 31/5). DOUE 5 de febrero de 2004. (disponible en: <https://eur->

[lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=EN); última consulta: 12/3/2023).

Comisión Europea. Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones, (2005/C 256/02). DOUE de 5 de marzo de 2005. (disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005XC0305(01)&from=EN); última consulta 12/3/2023)

European Competition Authorities. Principles on the application, by NCAs within the ECA, of Articles 4(5) and 22 of the EC Merger Regulation, 2005 (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/ecn/eca_referral_principles_en.pdf; última consulta 3/4/2023).

Commission Staff Working Paper accompanying the Communication from the Commission to the Council Report on the functioning of Regulation 139/2004 {COM (2009)281 final} (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A52009SC0808R%2801%29>; última consulta: 1/3/2023).

Comisión Europea. Libro blanco: Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la Unión Europea (Texto pertinente a efectos del EEE), 2014 (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014DC0449&from=EN>; última consulta 1/3/23).

Comisión Europea, “The future of EU merger control”, 11 de septiembre de 2020 (disponible en: https://commissioners.ec.europa.eu/2019-2024/vestager/announcements/future-eu-merger-control_en; última consulta 2/10/2022).

Comisión Europea. Commission Staff Working Document Evaluation of procedural and jurisdictional aspects of EU merger control, 2021 (disponible en:

https://ec.europa.eu/competition/consultations/2021_merger_control/SWD_findings_of_evaluation.pdf; última consulta 1/3/2023).

Comisión Europea. Comunicación de la Comisión: Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos, (2021/C 113). DOUE 31 de marzo de 2021 (disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331\(01\)&from=ES](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331(01)&from=ES); última consulta 1/3/2023).

Jurisprudencia:

Comisión Europea

Decisión de la Comisión de 17 de febrero de 1993 (Asunto nº IV/M. 278 – British Airways/Dan Air) (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m278_en.pdf; última consulta 8/1/2023).

Decisión de la Comisión de 20 de noviembre de 1996 (Asunto nº IV/M.784 – Kesko/Tuko) (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997D0277&from=EN>; última consulta 8/1/2023).

Caso M.7932 – Dow/DuPont. Decisión de la Comisión Europea del 27 de marzo de 2017 declarando una concentración como compatible con el mercado interno y Acuerdo del Espacio Económico Europeo (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7932_13668_3.pdf; última consulta 1/3/2023)

Decisión de la Comisión de 8 de marzo de 2018 (Asunto nº M.8832 – Knauf / Armstrong) (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/20214/m8832_2304_5.pdf; última consulta 24/2/2023).

Decisión de la Comisión de 14 de marzo de 2018 (Asunto nº M.8831 – Mondi/Powerflute) (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202120/m8831_289_4.pdf; última consulta 22/2/2023).

Caso M.8084 – Bayer/Monsanto. Decisión de la Comisión Europea del 21 de marzo de 2018 declarando una concentración como compatible con el mercado interno y Acuerdo del Espacio Económico Europeo (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202150/M_8084_8063752_133_35_9.pdf; última consulta 1/3/2023).

Decisión de la Comisión de 30 de abril de 2018 (Asunto nº M.8652 – Accuride / Mefro Wheels) (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8652_388_5.pdf; última consulta 22/2/2023).

Decisión de la Comisión de 6 de septiembre de 2018 (Asunto nº M. 8788 – Apple/Shazam) (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8788_1279_3.pdf; última consulta 20/2/2023).

Caso M.8677 – Siemens/Alstom. Decisión de la Comisión Europea del 6 de febrero de 2019 declarando una concentración incompatible con el mercado interno y Acuerdo del Espacio Económico Europeo (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/20219/m8677_9376_7.pdf; última consulta 12/3/2023).

Decisión de la Comisión de 13 de mayo de 2019 (Asunto nº M.9293 – Iconex/Hansol Denmark /R+S Group) (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m9293_634_3.pdf; última consulta 24/2/2023).

Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2019 (Asunto nº M.9547 – Johnson&Johnson/ Tachosil) (disponible en:

https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202046/m9547_784_6.pdf;
última consulta 25/2/2023).

Decisión de la Comisión de 12 de mayo de 2021 (Asunto nº M.10262 – Meta/Kustomer)
(disponible en:
https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202250/M_10262_8625560_3103_5.pdf; última consulta 24/2/2023).

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Resolución Expediente Cochlear / Oticon Medical (C/1347/22).

Federal Trade Commission

Federal Trade Commission, “Final Order In the Matter of Illumina, Inc., a corporation; and GRAIL, Inc., a corporation.”, Docket No. 9401 PUBLIC, 31 de marzo de 2023
(disponible en:
https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/d09401commissionfinalorder.pdf;
última consulta 5/4/2023).

Tribunal General de la Unión Europea

Sentencia del Tribunal General de la Unión Europea Caso T-227/21, de 13 de julio de 2022 [versión electrónica base de datos CURIA ECLI:eu:t:2022:447].

Obras doctrinales:

Berg, W., “New EC Merger Regulation: A First Assessment of Its Practical impact, The Symposium on European Competition Law”, *Northwestern Journal of International Law & Business*, vol. 24, Nº3 Spring, 2004, pp. 683-714 (disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/230971538.pdf>; última consulta 1/3/2023).

Budzinski, O., “An economic perspective on the jurisdictional reform of the European merger control system”, *European Competition Journal*, vol. 2, Nº1, 2006, pp. 119-140 (disponible en

<https://www.econstor.eu/bitstream/10419/29830/1/518537242.PDF>; última consulta 1/3/2023).

Bushell, G., “EU Merger Regulation Reform: No Smiles from the Threshold”, *Kluwer Competition Law Blog*, 2016 (disponible en: <https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2016/10/24/no-smiles-from-the-threshold-eu-merger-control-reform/>; última consulta 28/3/2023).

Comisión Europea, Dirección General de Competencia, Boucon, L., Ypma, P., Kokkoris, I., “Support study for impact assessment concerning the review of Merger Regulation regarding minority shareholdings: final report”, *Spark Legal Network and Queen Mary University of London*, 2017 (disponible en: <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/KD0416839ENN.pdf>; última consulta 2/4/2023).

Dang, M., Henry, D., Thai, H.A., Vo, X.V. y Mazur, M., “Does policy uncertainty predict the death of M&A deals?”, *Finance Research Letters*: vol. 46, 102489, 2022 (disponible en: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1544612321004657?ref=cra_js_challenge&fr=RR-1; última consulta 3/4/2023).

Delgado Ruiz-Gallardón, I., “Umbrales de notificación: análisis comparativo entre España y la unión Europea y los retos de la era digital”, *Anuario de la Competencia*, N°1, p. 205-231 (disponible en <https://anuariocompetencia.fundacionico.es/files/original/1d35c48117363732fd7f20498d4e37fc71a52392.pdf>; última consulta 1/3/2023).

Engra Moreno, J.C. y Rodríguez Encina, A., “El sistema de control de concentraciones en la Unión Europea”, *Ekonomiaz: Revista vasca de economía*, vol. 61, 2006, pp. 108-135 (disponible en https://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/136806/Ekonomiaz_61_Engre.pdf?sequence=1&isAllowed=y; última consulta 1/3/2023).

Fotis, P. y Zevgolis, N., “Chapter 2. The Evolution of Merger Control Regime in EU and Minority Interests”, Fotis, P. y Zevgolis, N., *The Competitive Effects of Minority Shareholdings – Legal and Economic Issues*, Oxford, Hart Publishing, 2016, pp. 1-19 (disponible en: <https://media.bloomsburyprofessional.com/rep/files/9781849465342sample.pdf>; última consulta 1/3/2023).

Königsgruber, R. y Windisch, D., “Does European Union policy making explain accounting choices? An empirical analysis of the effects of investigations by the Directorate General for Competition on accounting choices”, *Journal of Management & Governance*, N°18, 2014, p. 717-731 (disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10997-012-9242-5>; última consulta 30/3/2023).

Kuhn, T., Sakellariou-Witt, S., Schulz, A. y Citron, P., “EU General Court confirms European Commission’s Article 22 EUMR referral policy”, *White & Case Global*, 18 de julio de 2022 (disponible en: <https://www.whitecase.com/insight-alert/eu-general-court-confirms-european-commissions-article-22-eumr-referral-policy>; última consulta 1/3/2023)

Kühnert, H., “Austria / Germany – Joint Guidance on Transaction-Value Thresholds”, *CoRe – European Competition and Regulatory Law Review*, vol. 2, N° 2, 2018, p. 216-231 (disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/core2&div=37&id=&page=>; última consulta 1/3/2023).

Liu, M.C., Oxnard, G.R., Klein, E.A., Swanton, C.S.M.C., Sneiden, M.V. y Yip, A.S., “Sensitive and specific multi-cancer detection and localization using methylation signatures in cell-free DNA”, *Annals of Oncology*, volume 31, N°6, 2020, p. 745-759.

Looijestijn-Clearie, A., Rusu, C.S., Veendrink, M.J.M., “In search of the Holy Grail? The EU Commission’s new approach to Article 22 of the EU Merger Regulation”, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 29, N° 5, 2022,

p.5590-571. (disponible en:
https://journals.sagepub.com/doi/full/10.1177/1023263X221139605?casa_token=UZde79p48_0AAAAA%3AZuRenV7wBbuVzN5FhRSzDIME-U-QYApaGs_wZ3Awj9o3FvxX8u63o3T5bJRBNMNFZGo6ck4oNrOV; última consulta 1/3/2023).

Martins, M., “The Challenge of Merger Control in Digital Markets and the European Commission’s New Guidance on Article 22 EUMR”, *European Union Law Working Papers*, N° 67, 2022, p.1-112 (disponible en:
<https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2022/09/EU-Law-WP-67-Martins.pdf>; última consulta 2/3/2023).

Modrall, J., “Illumina/Grail Prohibition: The End of the Beginning for EU Review of “Killer Acquisitions”?”, *Kluwer Competition Law Blog*, 8 de septiembre de 2022 (disponible en:
<https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2022/09/08/illumina-grail-prohibition-the-end-of-the-beginning-for-eu-review-of-killer-acquisitions/>; última consulta 1/3/23).

Persson, M. y Bright, C. “Article 22 of the EC merger regulation: an opportunity not to be missed?” *European Competition Law Review*, vol. 24, 10, 2003, p. 490 (disponible en:
https://europarl.primo.exlibrisgroup.com/discovery/fulldisplay?context=PC&vid=32EPA_INST:32EPA_V1&search_scope=MyInst_and_CI&tab=Everything&docid=cdi_gale_infotracmisc_A127886108; última consulta 26/3/2023).

Pino Abad, M y Font Galán, J.I., *Estudios de Derecho de la competencia*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2005.

Rusu, C.S., “Targeted Transparency Control of Competitively Significant Links: Heading towards Regulatory Overkill”, *Rom. Competition J.*, n° 2, 2015 (disponible en:
[https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rocmpj2015&div=11&id=&page=](https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/rocmpj2015&div=11&id=&page=;); última consulta 2/4/2023).

Šmejkal, V., “Concentrations in Digital Sector – A New EU Antitrust Standard for ‘Killer Acquisitions’ Needed?”, *InterEULawEast: journal for the international and European law, economics and market integrations*, vol. 7, N°2, p. 1-16 (disponible en <https://hrcak.srce.hr/file/364229>; última consulta 1/3/2023).

Wang, W., “Structural Remedies in EU antitrust and merger control”, *World Competition*, 2011, vol. 34, N° 4 (disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1632723; última consulta 2/4/2023)

Whish, R. y Bailey, D., *Competition Law*, Oxford University Press, Nueva York, 2012.

Zenger, H. y Walker, M., “Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report”, Bourgeois, J.H.J y Waelbroeck, D.F. (ed.), *Ten years of effects-based approach in EU competition law: state of play and perspectives*, p. 185-209.

Recursos de internet:

Comisión Europea, “Daily News 28 / 10 / 2022”, 2022 (disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/MEX_22_6467; última consulta 12/3/2023)

Comisión Europea, “Mergers: Commission to assess proposed acquisition of GRAIL by Illumina”, *European Commission Daily News*, 2021 (disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/mex_21_1846; última consulta 14/3/2023).

Comisión Europea, “Mergers: Commission adopts interim measures to prevent harm to competition following Illumina’s early acquisition of GRAIL”, 2021 (disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_5661; última consulta 12/3/2023)

Comisión Europea, “Mergers: Commission prohibits acquisition of GRAIL by Illumina”, 2022 (disponible en:

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_5364; última consulta 30/3/2023).

Comisión Europea, “Mergers: Commission starts investigation for possible breach of the standstill obligation in Illumina / GRAIL transaction”, 2021 (disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_4322; última consulta 12/3/2023)

Comisión Europea, “Mergers: The Commission adopts a Statement of Objections outlining measures to unwind Illumina’s blocked acquisition of GRAIL”, 2022 (disponible en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_22_7403; última consulta 30/3/2023).

Comisión Europea, “Statistics on Mergers cases”, 2023 (disponible en: https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics_en; última consulta 18/3/2023).

Comisión Europea, Centro Europeo de Estrategias Políticas. “EU industrial policy after Siemens-Alstom: Finding a new balance between openness and protection”, *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, 2019 (disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/03fb102b-10e2-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>; última consulta 12/3/2023)

Comisión Europea, Herramienta de búsqueda de casos de competencia de la Unión Europea, 2023 (disponible en: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm?fuseaction=dsp_result&policy_area_id=2; última consulta 18/3/2023).

Competition & Market Authority, “Anticipated Acquisition by Viasat, Inc. Of Connect Topco Limited: Provisional Findings Report”, *Assets Publishing Service*, 2023 (disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/6400b7488fa8f527f7342f9a/Viasat_Imarsat_PFs_final_.pdf; última consulta 20/3/2023).

Federal Trade Commission, “FTC Orders Illumina to Divest Cancer Detection Test Maker GRAIL to Protect Competition in Life-Saving Technology Market”, 2023 (disponible en: <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2023/04/ftc-orders-illumina-divest-cancer-detection-test-maker-grail-protect-competition-life-saving>; última consulta 5/4/2023).

Freeman, M., “Illumina buys start-up Edico Genome for \$100M to help speed up genetic analysis”, *The San Diego Union-Tribune*, 15 de mayo de 2018 (disponible en: <https://www.sandiegouniontribune.com/business/technology/sd-fi-illumina-edico-20180515-story.html>; última consulta 26/2/2023).

Herper, M. “Company Will Raise \$1 Billion To Create Blood Test To Detect Cancer”, *Forbes*, 5 de junio de 2017 (disponible en: <https://www.forbes.com/sites/matthewherper/2017/01/05/grail-which-aims-to-invent-blood-test-to-detect-cancer-to-raise-1-billion/?sh=63d76fb37928>; última consulta 12 de marzo de 2023)

Illumina, “Illumina Acquires GRAIL to Accelerate Patient Access to Life-Saving Multi-Cancer Early-Detection Test”, *Illumina – Press Releases*, 18 de agosto de 2021 (disponible en: <https://investor.illumina.com/news/press-release-details/2021/Illumina-Acquires-GRAIL-to-Accelerate-Patient-Access-to-Life-Saving-Multi-Cancer-Early-Detection-Test/default.aspx>; última consulta 14/3/2023).

Illumina, “Illumina Reports Financial Results for Third Quarter of Fiscal Year 2022”, 3 de noviembre de 2022 (disponible en: <https://www.illumina.com/company/news-center/press-releases/press-release-details.html?newsid=1b98ee50-90d2-467c-b72c-6b8263e4ee1e>; última consulta 20/3/2023).

Illumina, “Illumina Will Appeal FTC Decision in Federal Court, Will Seek US Resolution by Late 2023 or Early 2024”, 3 de abril de 2023 (disponible en: <https://investor.illumina.com/news/press-release-details/2023/Illumina-Will->

[Appeal-FTC-Decision-in-Federal-Court-Will-Seek-US-Resolution-by-Late-2023-or-Early-2024/default.aspx](https://www.ftc.gov/press-release/appeal-ftc-decision-in-federal-court-will-see-us-resolution-by-late-2023-or-early-2024/default.aspx); última consulta 5/4/2023).

Petit, N., “Significant Impediment to Industry Innovation: A Novel Theory of Harm in EU Merger Control”, *International Center for Law & Economics*, 2017 (disponible en: <https://orbi.uliege.be/bitstream/2268/207345/1/SSRN-id2911597.pdf>; última consulta 12/3/2023)

Recurso de casación interpuesto el 22 de septiembre de 2022 por Illumina, Inc. contra la sentencia del Tribunal General (Sala Tercera Ampliada) dictada el 13 de julio de 2022 en el asunto T-227/21, Illumina/Comisión (Asunto C-611/22P) (2022/C 432/15) (disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62022CN0611&from=ES>; última consulta 3/4/2023).

Reuters Staff, “Illumina to buy genoma firm Solexa for \$600 mln”, *Reuters*, 19 de enero de 2007 (disponible en: <https://www.reuters.com/article/us-illumina-solexa-idUSN1348062320061113>; última consulta 26/2/2023).

United Nations Conference on Trade and Development, “Challenges in the design of a merger control regime for young and small competition authorities”, 2017 (disponible en: https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd45_en.pdf; última consulta 1/3/2023)