
URÍA MENÉNDEZ

La nueva política de la Comisión Europea
para ampliar el ámbito de revisión de
operaciones de concentración

Reinterpretación del mecanismo de remisión de
operaciones de concentración a la Comisión Europea

21 de abril 2021

Índice

Introducción.....	3
Antecedentes: el régimen europeo de control de concentraciones y el mecanismo de remisión.....	5
La nueva política de la Comisión Europea para el reenvío de operaciones de concentración.....	10
Aspectos procesales	13
Implicaciones prácticas	15
Abogados de contacto.....	18

Introducción

La Comisión Europea ha publicado unas orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento europeo de control de concentraciones que le permitirá analizar operaciones que no cumplen los umbrales de notificación europeos ni nacionales. Hasta la fecha, estas operaciones no se sometían al escrutinio y autorización previa de la Comisión Europea. El cambio de orientación introduce una gran inseguridad jurídica (sobre todo, aunque no solo, en sectores tecnológicos, de salud/farmacéutico y mercados digitales) que afectará al calendario y análisis de riesgos de las operaciones, que deberá hacerse caso a caso.

► [Orientaciones de la Comisión sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos](#)

La Comisión Europea (la «**Comisión**») ha decidido dar un giro drástico en el análisis de operaciones de concentración y ha ampliado *de facto* su competencia para revisar determinadas operaciones que anteriormente no podía (o, según ella, había decidido) no revisar. Hasta ahora, las concentraciones que no cumplían los umbrales de notificación a la Comisión o a las autoridades nacionales de los Estados miembros podían ejecutarse sin necesidad de notificación y autorización previa, y no existía un riesgo de revisión posterior por parte de la Comisión. La situación ha cambiado notablemente desde el pasado 26 de marzo con la adopción por parte de la Comisión de unas orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (las «**Orientaciones**» y el «**Reglamento 139/2004**», respectivamente).

Estas Orientaciones, sin duda, van a generar una gran inseguridad jurídica en el marco de operaciones de M&A, ya que prevén la posibilidad de que la Comisión pueda conocer de operaciones que, sin alcanzar los umbrales de notificación a la Unión Europea ni a las autoridades nacionales de competencia, afectan al comercio entre Estados miembros y amenazan con afectar significativamente a la competencia. Esta revisión puede hacerse, además, tanto antes de que se cierre la operación como después de su ejecución durante un plazo indeterminado, aunque parece que no debería exceder de un año.

El objetivo de esta nueva política es capturar las denominadas *killer acquisitions*, así como otro tipo de operaciones de adquisición de empresas que, a pesar de tener escasa o nula facturación, desempeñan o pueden llegar a desempeñar un papel importante para la competencia en el mercado. Aunque la Comisión reconoce que estas operaciones tienen lugar habitualmente en el sector farmacéutico o en el ámbito de la economía digital, las Orientaciones indican expresamente que la nueva interpretación de la Comisión se podría extender a otros sectores.

La vía empleada para ampliar las competencias de la Comisión es reinterpretar el mecanismo de remisión de operaciones de concentración por parte de las autoridades nacionales a la Comisión previsto en el artículo 22 del Reglamento 139/2004. Hasta ahora, la postura seguida por la Comisión era admitir operaciones que le remitían las autoridades nacionales solo cuando estas últimas tenían jurisdicción sobre la concentración (*i. e.*, se cumplían los umbrales de notificación en al menos un Estado miembro de la Unión Europea) y la operación afectaba al comercio entre Estados miembros y amenazaba la competencia en el Estado solicitante de la remisión de manera significativa. De ahora en adelante, prevé admitir remisiones aunque las operaciones no cumplan umbrales ni en la Comisión ni en ningún Estado miembro, e incluso promoverá e incentivará a las autoridades nacionales a que lo hagan cuando considere que la operación puede generar un «riesgo» para la competencia en la Unión Europea.

Este cambio —que para muchos puede pasar desapercibido, ya que en puridad no es un cambio legislativo— tiene una gran trascendencia práctica en el diseño y ejecución de operaciones de M&A. Será preciso realizar un análisis de los riesgos de competencia de la operación que va mucho más allá de la mera verificación de si se cumplen o no los umbrales de notificación, como solía ser el caso hasta ahora. En este sentido, será necesario valorar la mejor estrategia en cada caso para limitar el riesgo de remisión de la operación a la Comisión o, al menos, tener visibilidad sobre si el riesgo es elevado o no, adaptar las cláusulas contractuales precisas para cubrir los riesgos y, por supuesto, tener en cuenta el impacto que esta nueva política de la Comisión puede tener en el calendario de cierre de la operación para adaptar, si es necesario, las cláusulas de *long stop date*.

En definitiva, se trata de una modificación no poco controvertida y que posiblemente dará lugar a litigación en el futuro ante los tribunales de la Unión. Entretanto, es importante tener en cuenta esta novedad, que puede complicar y retrasar enormemente una operación si no ha sido debidamente considerada desde una fase temprana.

Antecedentes: el régimen europeo de control de concentraciones y el mecanismo de remisión

1) El reparto de competencias y jurisdicción entre la Comisión y los Estados miembros

De forma simplificada, el régimen europeo de control de concentraciones económicas prevé un **sistema dual y excluyente**. En unos casos, la jurisdicción y competencia para analizar determinadas concentraciones recaen en la Comisión, mientras que en otros casos recaen en las autoridades nacionales de los Estados miembros. **Si no se cumplen los requisitos** (que se conocen como «umbrales») **de notificación ni a la Comisión ni a los Estados miembros, entonces la operación ni debe ser notificada antes de su ejecución ni revisada ex post por las autoridades de competencia**, ya se trate de la Comisión o de las autoridades nacionales de los veintisiete Estados miembros, de modo que la operación no está sometida a una obligación de suspensión.

En lo que respecta a la Comisión, esta retiene jurisdicción exclusiva para analizar las operaciones de concentración que superan unos umbrales de facturación considerablemente elevados, establecidos en el artículo 1 del Reglamento 139/2004. Estos umbrales tienen en cuenta el volumen de negocios generado por las empresas afectadas en el último ejercicio fiscal y, en su caso, algunas adaptaciones posteriores hasta la fecha de firma de la operación. Si se cumplen estos umbrales, será preciso notificar la operación a la Comisión y obtener su autorización previa antes de ejecutarla, so pena de incurrir en una infracción de competencia que llevaría aparejada la imposición de multas por *gun jumping*.

Si la operación no alcanza los umbrales de notificación obligatoria a la Comisión, debe analizarse si se cumplen los umbrales de notificación previa a alguna de las autoridades de competencia de los Estados miembros de la Unión Europea, quedando sometida la operación a una obligación de suspensión hasta que se obtenga la autorización correspondiente.

Los umbrales nacionales de notificación los establece cada Estado miembro en función de los criterios de competencia (*i. e.*, qué operaciones consideran que pueden ser “peligrosas” para la competencia futura y cuáles no) y de política económica que considera oportunos. A modo de ejemplo:

- en algunos Estados solo existen umbrales relativos a la facturación de las partes, que necesariamente tienen que tener algún vínculo con el país afectado;

- en otros, en cambio, como es el caso alemán o austríaco, además de umbrales de volumen de negocios, se introdujeron en 2017 umbrales adicionales relativos al valor de la operación. El objetivo de este nuevo umbral de notificación era asegurarse de que no se escapaban al control previo de las autoridades de competencia operaciones en las que la empresa adquirida tuviera un volumen de negocios limitado, pero un gran potencial competitivo a futuro;
- en otros Estados —como España y Portugal—, además de existir umbrales de facturación, también se aplican umbrales alternativos de cuota de mercado de las partes. Este segundo umbral de cuota de mercado permite capturar operaciones en mercados de escasa dimensión o en los que las partes tienen escaso volumen de negocios, pero se espera que la empresa resultante de la concentración tenga una posición de mercado significativa. Las cuotas de mercado se calculan, en el caso español, teniendo en cuenta la facturación pasada; en cambio, en Portugal, según los casos, también se puede tener en cuenta excepcionalmente la facturación prevista en el futuro.

Conforme al esquema descrito, el reparto de jurisdicción y competencias entre la Comisión y las autoridades nacionales de los Estados miembros para conocer de una concentración era relativamente claro. El Reglamento 139/2004 preveía algunas excepciones a este esquema, pero, en general, como se expone a continuación, estaban bien tasadas y acotadas, lo que generaba seguridad jurídica en los operadores que decidían llevar a cabo una operación de concentración. Si una operación no cumplía los umbrales de notificación europeos ni los nacionales, no quedaba sometida en la práctica a la obligación de notificación previa ante ninguna autoridad de competencia de la Unión Europea, y esto era algo que estaba absolutamente claro.

2) La excepción del artículo 22 del Reglamento 139/2004 - El mecanismo de remisión de concentraciones de los Estados miembros a la Comisión

Una de estas excepciones al reparto de competencias entre la Comisión y los Estados miembros se conoce como el mecanismo de remisión, previsto en el artículo 22 del Reglamento 139/2004. Este mecanismo permite que **uno o varios Estados miembros soliciten a la Comisión** que analice una operación que inicialmente no le correspondía examinar por no alcanzarse los umbrales de notificación europeos.

Los casos de remisión solo podían darse si la operación cumplía dos requisitos: *(i)* que afectara al comercio entre Estados miembros y *(ii)* que amenazara con afectar de manera significativa a la competencia dentro del territorio del Estado miembro solicitante de la remisión.

Si un Estado decidía remitir a la Comisión una operación al amparo del artículo 22.1, otros Estados miembros podían decidir adherirse a esa solicitud en unos plazos determinados. Recibida la solicitud, la Comisión adoptaba una decisión aceptando o no el caso:

- *Si la Comisión aceptaba la solicitud de remisión*, los Estados que habían solicitado la remisión o que se habían adherido a ella, dejaban de tener jurisdicción sobre el caso y la Comisión analizaba la concentración y adoptaba una decisión sobre el fondo, que tomaba en cuenta el impacto de la operación en esos países específicamente, además del comercio entre Estados miembros en general. Los Estados miembros que no habían solicitado la remisión o que no se habían adherido a ella, podían analizar la concentración en paralelo si se cumplían sus umbrales nacionales de notificación, limitando su análisis de fondo a ese Estado en concreto.
- Por el contrario, *si la Comisión no aceptaba la remisión*, no se producía una alteración del reparto de competencias previsto en el Reglamento 139/2004. En tal caso, los Estados solicitantes de la remisión (y los que se habían adherido) conocían de la operación que cumplía los umbrales nacionales de notificación y aplicaban su normativa nacional de control de concentraciones.

A la hora de adoptar la decisión de aceptar o no la remisión al amparo del artículo 22.1 del Reglamento 139/2004, la Comisión generalmente tomaba en consideración si, efectivamente, la operación remitida era susceptible de causar efectos negativos en la competencia en varios Estados miembros y si podía estar mejor situada que las autoridades nacionales para conocer de la operación. Este solía ser el caso cuando los mercados afectados tenían una dimensión europea y podía ser preciso requerir compromisos de desinversión de activos o adoptar otro tipo de remedios para autorizar la operación, con un alcance que excedía el territorio de los Estados miembros solicitantes de la remisión.

Por último, el artículo 22.5 prevé la posibilidad de que sea **la propia Comisión** la que identifique que existe un riesgo significativo para la competencia y el comercio intracomunitario e **invite** a los Estados miembros a solicitar (si es que no lo han hecho ya *motu proprio*) la remisión de la operación a la Comisión.

3) La interpretación del artículo 22 del Reglamento 139/2004 hasta la fecha: solo cabe la remisión si se cumplen los umbrales de notificación en al menos un Estado miembro

El artículo 22, conocido como la «cláusula holandesa», tenía su origen en una situación histórica atípica y anacrónica, que ya no se da en la actualidad. En su día, los Países Bajos no disponían de normativa sobre control de concentraciones y solicitaron la inclusión de una disposición en el anterior reglamento europeo de concentraciones del año 1989. El objetivo era permitir a la autoridad holandesa remitir a la Comisión concentraciones que podían afectar de forma significativa la competencia en dicho Estado y que escapaban a su normativa nacional.

Actualmente, los Estados de la Unión (con la única excepción de Luxemburgo) disponen de normativa de control de concentraciones, de modo que la ratio original del artículo 22 del Reglamento 139/2004 ha caído en desuso. Por ello, la Comisión había dejado claro en su práctica decisoria, e incluso en documentos de trabajo de revisión del procedimiento de control de concentraciones, que desincentivaba las solicitudes de remisión de operaciones por parte de Estados miembros que no tuvieran jurisdicción sobre el asunto. En la práctica ello conllevaba que si la operación no cumplía los umbrales de notificación en el Estado que solicitaba la remisión del asunto, la Comisión no accedía a la solicitud. En consecuencia, **si la operación no cumplía los umbrales de notificación en ningún Estado miembro, en la práctica la operación no se sometía a ningún procedimiento de control de concentraciones previo ni *post-closing*.**

La lógica de esta interpretación que venía haciendo la Comisión del artículo 22 del Reglamento era relativamente clara: existiendo normativa de control de concentraciones en los Estados miembros, que establecen sus propios umbrales de notificación obligatoria, y existiendo también umbrales de notificación obligatoria a la Comisión, cabría esperar que las operaciones que no cumplieran los umbrales de notificación europeos o nacionales no deberían tener una incidencia negativa significativa en la competencia. Por lo tanto, en estos casos las operaciones no merecen ser examinadas por la Comisión ni antes de ser ejecutadas ni tampoco después del cierre de la operación.

4) Motivos del reciente cambio interpretativo de la Comisión del artículo 22 en sus Orientaciones

Resulta inherente al esquema de reparto de competencias y jurisdicción descrito en los apartados anteriores que, si en algún momento la Comisión o los Estados miembros consideraban que algún tipo de operaciones «peligrosas» se escapaban del control de la Comisión, la opción deseable y que mayor

seguridad jurídica habría otorgado a los operadores jurídicos sería modificar los umbrales de notificación nacionales para adaptarlos a la nueva realidad. De hecho, esta fue la vía seguida hace unos años por Alemania y Austria, que introdujeron umbrales de valor de la operación para capturar operaciones con un elevado riesgo, pero en las que el modelo de negocio de la adquirida todavía no había generado suficientes ingresos como para alcanzar los umbrales clásicos de facturación. De este modo, la Comisión pudo conocer a través del mecanismo de remisión del artículo 22 operaciones en el sector digital, como *Apple/Shazam* (remitida inicialmente por Austria en 2018, a la que se adhirieron después otras seis autoridades nacionales), o en el sector de la biotecnología/farma, como *Johnson & Johnson/Tachosil* (remitida en 2019 por la autoridad alemana, con la adhesión a la solicitud de reenvío de otras cinco autoridades nacionales de los Estados miembros).

Otra opción sería que la Comisión modificara los umbrales del Reglamento 139/2004 y, respetando el principio de seguridad jurídica, estableciese criterios claros de notificación y autorización previa para captar las operaciones que le parecieran más peligrosas y que actualmente escapan a su control. De hecho, recientemente se planteó esta posibilidad. Sin embargo, tras sopesar varias alternativas, la Comisión optó por una vía distinta, que le permite alcanzar este mismo objetivo con mucha más flexibilidad y discrecionalidad y, lo más importante, sin requerir una modificación legislativa.

Esta opción consiste en **reinterpretar** el artículo 22 del Reglamento 139/2004 a través de las Orientaciones y **fomentar la remisión** a la Comisión por parte de los Estados miembros de operaciones que no cumplen los umbrales de notificación nacionales ni europeos, cuando considere que pueden afectar al comercio entre Estados miembros y generar riesgos significativos para la competencia efectiva. Veámoslo.

La nueva política de la Comisión Europea para el reenvío de operaciones de concentración

1) Objetivo principal: capturar las denominadas *killer acquisitions*

La nueva política de la Comisión plasmada en las Orientaciones, que reinterpretan el mecanismo de remisión de operaciones a la Comisión del artículo 22 del Reglamento 139/2004, es el resultado de una reflexión que lleva cuajándose al menos un año y que pretende paliar un déficit del actual sistema de umbrales de notificación.

Como anunció a finales del año pasado la comisaria europea de competencia, **Margrethe Vestager**, este cambio de postura responde a la inquietud de la Comisión de no someter a revisión las concentraciones denominadas *killer acquisitions*, que, por lo general, no suelen alcanzar los umbrales de notificación europeos o nacionales.

Estas concentraciones consisten en operaciones en las que una empresa, normalmente de gran tamaño, adquiere o absorbe a un operador muy prometedor, pero que apenas genera volumen de negocios, con el objetivo de eliminar una futura amenaza competitiva. La adquisición tiene como resultado el desmantelamiento de la actividad del competidor (ya sea actual o potencial) o su integración en la cartera de productos del adquirente, de modo que deja de ser un competidor potencial significativo para el adquirente.

Conforme indican las Orientaciones, a partir de ahora, la Comisión fomentará activamente las solicitudes de remisión de determinadas operaciones de concentración que, sin alcanzar los umbrales europeos o nacionales de notificación, cumplan con los requisitos previstos en el artículo 22.1 del Reglamento 139/2004. La vía para incentivar el uso de esta disposición por parte de las autoridades nacionales de competencia se realizará a través de dos mecanismos:

- (i) por una parte, **la Comisión empezará a aceptar solicitudes de remisión** que realicen los Estados **aunque no tengan jurisdicción original sobre la operación** por no alcanzarse los umbrales nacionales de notificación; y

- (ii) por otra parte, **se reactivará el uso del artículo 22.5 del Reglamento 139/2004**, de modo que será la propia Comisión —ya sea a iniciativa propia o tras recibir alguna **denuncia de un tercero**— la que invitará a los Estados miembros a que soliciten la remisión del asunto a la Comisión para que sea esta la que examine la operación. Se prevé esta posibilidad incluso si el Estado no tiene jurisdicción para conocer la operación conforme a su normativa nacional o aunque la operación ya se haya ejecutado.

2) Requisitos de remisión de la concentración a la Comisión según las Orientaciones

El artículo 22 del Reglamento 139/2004 establece dos requisitos para que los Estados miembros puedan remitir a la Comisión una operación de concentración:

- (i) **El primer requisito** previsto en esta disposición es que la operación **afecte al comercio entre Estados miembros**. Una concentración cumple este requisito en la medida en que puede tener una influencia perceptible sobre las corrientes comerciales entre Estados miembros. Según se explica en las Orientaciones, para valorar si se cumple este criterio, la Comisión atenderá a la ubicación de los clientes (actuales y potenciales), la disponibilidad y la oferta de los productos o servicios en cuestión, que la actividad de las partes entrañe la obtención y acumulación masiva de datos de usuarios o procesos en varios Estados miembros, o el desarrollo y puesta en práctica de proyectos de I+D cuyos resultados —incluidos los derechos de propiedad intelectual— puedan, en caso de éxito, comercializarse en más de un Estado miembro.
- (ii) **El segundo requisito** es que la operación **amenace con afectar de manera significativa a la competencia** en el territorio del Estado o Estados miembros solicitantes. El Estado miembro solicitante debe demostrar, partiendo de un análisis preliminar basado en indicios razonables pero no necesariamente concluyentes, que existe un riesgo real de que la operación tenga una incidencia negativa significativa en la competencia. En esencia, se valorará si la operación entraña el riesgo potencial de dar lugar a la creación o fortalecimiento de una posición dominante de una de las empresas afectadas y la eliminación de una fuerza competitiva importante, incluyendo la eliminación de competidores que hayan entrado en el mercado recientemente o que vayan a hacerlo en un futuro. También se tendrá en cuenta si la operación entraña la fusión entre dos innovadores importantes o conlleva un riesgo de que se reduzca la capacidad y/o los incentivos de las partes y restantes competidores para competir eficazmente en el mercado.

La novedad de las Orientaciones es que introduce otra serie de factores, no previstos en el artículo 22 del Reglamento 139/2004, que guiarán la decisión de los Estados miembros de solicitar o no la remisión de una concentración a la Comisión, así como la respuesta de la Comisión a la solicitud de remisión.

En concreto, la Comisión advierte que puede resultar aconsejable solicitar la remisión de operaciones en las que el volumen de negocios de al menos una de las partes implicadas no refleje su actual o futuro potencial competitivo. Esto sucederá en casos en los que la empresa absorbida **(i)** sea una *start-up* o entrante reciente con un potencial competitivo significativo, pero que no ha desarrollado o implementado todavía un modelo de negocios que genere una facturación relevante; **(ii)** sea un importante innovador; **(iii)** sea, a presente o a futuro, una importante fuerza competitiva; **(iv)** tenga acceso a activos de relevancia competitiva (*i. e.*, materias primas, infraestructuras, datos o derechos de propiedad intelectual); y **(v)** proporcione productos o servicios que constituyan insumos o componentes clave para otras industrias. En su análisis, la Comisión tendrá en cuenta si el valor o el precio de la operación es particularmente elevado en comparación con las ventas de la *target*.

Si bien las Orientaciones aclaran que el anterior listado no se limita a ningún sector de actividad, lo cierto es que el foco de atención actual de la Comisión está puesto en la **economía digital y el sector farmacéutico/biotecnología**. Aunque estos son, sin duda, los sectores más sensibles en la actualidad, no existen garantías de que en el futuro el foco de atención de la Comisión no pueda estar en otros sectores económicos o que las características de una operación llamen suficientemente su atención como para solicitar un reenvío.

Aspectos procesales

De conformidad con el artículo 22 del Reglamento 139/2004, **los Estados miembros deben solicitar la remisión** de una operación **dentro del plazo de quince días hábiles** desde que se produce la notificación al Estado miembro en el que la operación alcanza los umbrales de notificación o, si la notificación no es necesaria según su normativa nacional, desde que la operación se **«comunica» al Estado miembro** (o, según la versión inglesa del Reglamento 139/2004, “[is] otherwise made known to the Member State concerned”).

Las Orientaciones, en línea con una comunicación previa de la Comisión sobre la aplicación del artículo 22 del Reglamento 139/2004, aclaran que término «comunicación» implica que la autoridad solicitante de la remisión debe disponer de suficiente información para realizar un análisis preliminar de la operación al objeto de determinar si se cumplen los criterios de remisión del artículo 22.1. A efectos prácticos, ello implica que **la «comunicación» al Estado miembro no necesariamente coincide con el momento en que la autoridad de competencia tiene conocimiento de la existencia de la operación** (por ejemplo, mediante comunicados de prensa o información pública sobre la conclusión de un acuerdo entre las partes). La «comunicación» se produce cuando la autoridad ha podido analizar con cierto detalle —aunque sea de forma preliminar— los riesgos de competencia de la operación y dispone de información para realizar ese análisis.

Ni las Orientaciones ni las comunicaciones previas de la Comisión establecen un plazo concreto en el que deba entenderse que la autoridad de competencia está en disposición de analizar si se cumplen los criterios que aconsejan la remisión de la operación a la Comisión. Ello genera una gran inseguridad jurídica y no se excluye que pueda dar lugar a litigación en el futuro si las autoridades nacionales o la Comisión lo interpretan de forma excesivamente laxa. El que antaño pudieran realizar una interpretación laxa afectaba a la seguridad jurídica y alteraba los plazos de autorización de la operación, pero, sin duda, menos que tras la adopción de las Orientaciones. Anteriormente las partes sabían que debían notificar con carácter previo la operación al Estado que solicita la remisión. Ahora, en cambio, aunque no se cumplan los umbrales de notificación y las partes no tuvieran previsto someterse a un procedimiento de control de concentraciones, pueden verse involucradas en un caso

de remisión a la Comisión que concluya en un expediente de control de concentraciones bastantes meses después de firmarse la operación (o incluso de ejecutarse, como veremos).

Según las Orientaciones, si el Estado miembro, una vez que ha tenido «comunicación» de una operación, se plantea solicitar la remisión del caso a la Comisión, debe informar inmediatamente a las partes. En ese momento, todavía no se produce un deber de suspensión de la ejecución de la concentración (si es que no se ha ejecutado todavía). En cambio, una vez que la solicitud se remite a **la Comisión**, esta deberá **informar sin demora** —sin que se prevea un plazo específico— a las autoridades de competencia de los Estados miembros y a las partes de la operación afectadas, que, **a partir de ese momento, quedan sometidas a la obligación de suspensión de la ejecución de la concentración** del artículo 7 del Reglamento 139/2004. Otros Estados miembros pueden decidir sumarse a la solicitud de reenvío en el plazo de quince días hábiles desde que la Comisión les informe.

Una vez expirado el plazo anterior, la Comisión tiene diez días hábiles para **adoptar la decisión** de aceptar o no la remisión del asunto. El silencio de la Comisión se interpreta como silencio administrativo positivo: si la Comisión no da una respuesta al Estado solicitante, analizará la operación.

Por otra parte, y como ya se ha adelantado, el artículo 22.5 del Reglamento 139/2004 permite a la Comisión dirigirse a los Estados miembros e invitarles proactivamente a que realicen una solicitud de remisión de una operación que considere que cumple los requisitos establecidos en el apartado primero del artículo 22. A este respecto, cabe matizar que ni el artículo 22 ni las Orientaciones establecen un plazo concreto en el que la Comisión puede invitar a las autoridades de competencia nacionales a solicitar el reenvío. Sin duda, este puede ser un foco de divergencia y debate si la Comisión propone realizar una interpretación expansiva del concepto «tomar conocimiento» de la operación.

Finalmente, las Orientaciones advierten que, si bien la remisión está sujeta a los plazos fijados en el artículo 22, **el hecho de que una operación ya haya sido concluida no es obstáculo para que un Estado miembro solicite la remisión**. En principio, la Comisión atenderá al tiempo transcurrido desde el cierre de la operación y se mostrará más reacia a aceptar solicitudes de remisión de operaciones cuando hayan transcurrido más de seis meses desde su ejecución. No obstante, cuando el cierre de la operación fuese conocido públicamente, este plazo de seis meses empezaría a contar, en principio, a partir del momento en que se hayan hecho públicos en la Unión Europea hechos importantes sobre la concentración, **aunque no descarta aceptar solicitudes de remisión** en circunstancias excepcionales **incluso habiendo transcurrido estos periodos**.

Implicaciones prácticas

Las implicaciones prácticas de la nueva política de la Comisión en relación con el mecanismo de remisión de operaciones de concentración **que no cumplen los umbrales de notificación europeos ni nacionales** de los Estados miembros son de gran calado para los operadores jurídicos:

Situación de inseguridad jurídica. Las Orientaciones suponen una ampliación *de facto* del régimen de control de concentraciones por parte de la Comisión. El hecho de que una operación no alcance los umbrales de notificación en ninguna jurisdicción europea ni en la Comisión no implica, como sucedía hasta ahora, que no pueda ser analizada por esta última. En consecuencia, **el análisis de competencia ya no se puede limitar a verificar si se cumplen o no los umbrales de notificación obligatorios de algún Estado miembro o de la Comisión.** Resulta fundamental identificar correctamente las operaciones con mayor riesgo de remisión y estudiar en tales casos, aunque sea con carácter preliminar, el impacto previsible que tendrá la operación en el mantenimiento de la competencia efectiva.

Redacción de los contratos y calendario de la operación. El que una operación tenga riesgo de ser objeto de remisión puede suponer tener que prever en algunos casos cláusulas suspensivas en los contratos, cláusulas de gestión y asunción de riesgos derivados de una posible notificación a la Comisión provocada por un reenvío, así como modificaciones en el calendario inicialmente previsto de cierre o incluso del *long stop date*. A estos efectos, debe tenerse en cuenta, por una parte, que el proceso de remisión de una operación —explicado en el apartado anterior— es largo y, por otra parte, que los plazos previstos en el artículo 22 del Reglamento 139/2004 pueden alargarse considerablemente si la Comisión realiza una interpretación flexible de cuándo una operación ha sido «comunicada» a una autoridad de competencia.

Revisión de operaciones *post-closing*. Las Orientaciones de la Comisión establecen de forma rotunda que el que una operación ya se haya cerrado no es obstáculo para que se pueda producir una solicitud de remisión a la Comisión. El riesgo de revisión de la Comisión, aunque no se cumplan los umbrales de notificación europeos y nacionales, puede prolongarse —a título orientativo y según indican expresamente las Orientaciones— hasta seis meses después del cierre de la operación (o más si esta no se anunció públicamente). Es más, la Comisión aclara que, en situaciones excepcionales, una remisión posterior también puede resultar apropiada en virtud, por ejemplo, de la magnitud de los

posibles problemas de competencia y del posible efecto perjudicial para los consumidores. En todo caso, se advierte de que la obligación de suspensión de la ejecución de la operación hasta la autorización por parte de la autoridad competente solo se aplica en la medida en que la concentración no se haya ejecutado en la fecha en que la Comisión informe a las empresas afectadas de que se ha presentado una solicitud de remisión. Si se incumple la obligación de suspensión en ese supuesto, las partes están sometidas a riesgos de sanciones elevadas por *gun jumping*. La obligación de suspensión cesa si la Comisión decide posteriormente no examinar la concentración.

Aumento de la carga administrativa para las empresas afectadas. De ahora en adelante, el hecho de que una operación no alcance los umbrales de notificación en las jurisdicciones de la Unión Europea no es garantía suficiente de que no vaya a ser analizada por la Comisión. Para descartar el riesgo de reenvío y el impacto en el calendario de la operación, las empresas afectadas podrán consultar a la Comisión y/o verificar que ninguna autoridad nacional tiene intención de solicitar la remisión. De hecho, las propias Orientaciones abogan por que las partes informen voluntariamente a la Comisión con carácter previo a la ejecución de la operación, aportando toda la información precisa para que esta pueda realizar un análisis preliminar y valorar si procede activar el mecanismo de remisión. En puridad, no se trataría de una notificación formal de la concentración, sino de un mecanismo informal de comunicación, a raíz del cual la Comisión se compromete a dar a las partes *«una indicación temprana de que no considera que su concentración pueda ser susceptible de remisión»*.

Intervención de terceros. Las Orientaciones permiten que terceros contacten con la Comisión o con las autoridades de competencia de los Estados miembros para informarles de la existencia de una operación que, bajo su perspectiva, cumple los criterios para ser analizada por la Comisión. El tercero deberá proporcionar a la autoridad de competencia información suficiente para que pueda adoptar una decisión sobre la solicitud de reenvío. En todo caso, no existe obligación alguna para las autoridades competentes de los Estados miembros ni para la Comisión de tomar medidas tras haber sido contactadas por un tercero.

Litigiosidad. El amplio margen de discrecionalidad de la Comisión y los Estados miembros para aplicar esta nueva interpretación del artículo 22 (incluso en sectores distintos del farmacéutico o digital) y, en consecuencia, el grado de inseguridad jurídica que genera fomentarán la litigiosidad por parte de operadores económicos inmersos en operaciones de fusiones y adquisiciones. De hecho, la multinacional estadounidense Illumina se encuentra en plena batalla legal para paralizar los esfuerzos

de la Comisión —apoyada por Francia, Noruega y Países Bajos— para revisar la adquisición de la *start-up* de pruebas de detección temprana mult cáncer, Grail, incluso seis meses después del anuncio de la operación. Por el momento, tanto Illumina como Grail han recurrido la decisión de la autoridad francesa de competencia de solicitar el reenvío de la operación a la Comisión, así como la decisión de la autoridad de competencia de los Países Bajos de adherirse a la solicitud de Francia. Los tribunales nacionales han desestimado los recursos y han indicado que el órgano competente para dirimir la controversia debe ser el órgano jurisdiccional europeo. En todo caso, la Comisión acaba de aceptar la solicitud de reenvío de Francia por lo que todo apunta a que Illumina deberá notificar la adquisición de Grail a la autoridad europea. Cabe mencionar que, en el caso de la operación de Illumina/Grail, fue la propia Comisión la que invitó a los Estados miembros a solicitar la remisión de la operación, anunciada seis meses antes públicamente y que no cumplía ningún umbral de notificación en Europa. La «invitación» de la Comisión se produjo antes incluso de la publicación de las Orientaciones.

Mayor escrutinio del sector digital. La nueva interpretación de la Comisión sobre el mecanismo de remisión de operaciones de concentración aumenta todavía más el control sobre los principales operadores del sector digital. Con la entrada en vigor de la *Digital Markets Act*, las principales compañías tecnológicas deberán anunciar a la Comisión las operaciones de concentración que prevén realizar. Una vez conocidos estos planes, la nueva política de la Comisión le permitirá iniciar el procedimiento de remisión de aquellas operaciones que le parezcan potencialmente problemáticas, invitando a los Estados miembros a que soliciten la remisión de la operación a Bruselas a pesar de que no alcancen los umbrales de notificación europeos o nacionales.

Abogados de contacto



Patricia Vidal

Socia

+34 915 860 161

patricia.vidal@uria.com



Cristina Areces

Asociada sénior

+34 915 860 161

cristina.areces@uria.com



Alfonso Gutiérrez

Socio

+34 915 860 657

alfonso.gutierrez@uria.com



Antonio Guerra

Socio

+34 915 860 753

antonio.guerra@uria.com



Edurne Navarro

Socia

+32 2 639 6464

edurne.navarro@uria.com



Jaime Folguera

Socio Emérito

+34 915 860 657

jaime.folguera@uria.com



Tomás Arranz

Socio

+34 915 860 753

tomas.arranz@uria.com

**BARCELONA
BILBAO
LISBOA
MADRID
PORTO
VALENCIA
BRUXELLES
LONDON
NEW YORK
BOGOTÁ
CIUDAD DE MÉXICO
LIMA
SANTIAGO DE CHILE**

www.uria.com

La información contenida en esta publicación es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico