

## Foro de Actualidad

Unión Europea

# EL CASO ILLUMINA/GRAIL: ¿UN VIAJE A NINGUNA PARTE?

Violeta Marinas Serra

*Abogada del Área de Competencia y Derecho de la UE de Uría Menéndez  
(Madrid)*

### **El caso Illumina/GRAIL: ¿un viaje a ninguna parte?**

*Este foro resume la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el caso Illumina/GRAIL, que reinstaura la utilidad original del artículo 22 del Reglamento de Concentraciones y devuelve cierta seguridad jurídica a las operaciones de M&A.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

Control de concentraciones económicas, Artículo 22 del Reglamento de Concentraciones, Abuso de posición de dominio.

### **The Illumina/GRAIL case: a road to nowhere?**

*This article summarises the CJEU's recent judgment in the Illumina/GRAIL case, which reinstates the original use of Article 22 of the Merger Regulation and restores some legal certainty to M&A transactions.*

#### **KEYWORDS:**

Merger control, Article 22 of the Merger Regulation, abuse of dominant position.

**FECHA DE RECEPCIÓN: 7-11-2024**

**FECHA DE ACEPTACIÓN: 9-11-2024**

Marinas Serra, Violeta (2024). El caso Illumina/ Grail: ¿un viaje a ninguna parte? *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 273-279 (ISSN: 1578-956X).

# 1. Introducción

---

El temor ante la insuficiencia del régimen de control de concentraciones económicas para capturar las llamadas *killer acquisitions* ha resultado en unos años tumultuosos para el régimen de concentraciones económicas.

Para suplir estas supuestas lagunas, las autoridades de defensa de la competencia se han armado de inventiva y han recurrido a la reinterpretación de figuras y jurisprudencia que parecían haber quedado superadas tras el establecimiento de un régimen de control de concentraciones en la Unión Europea ("UE") y en los Estados miembros.

En un artículo anterior ya tratamos el caso *Towercast*, que se enmarca en esta corriente. En esta ocasión nos centraremos en el asunto *Illumina/GRAIL*. De manera contraria a lo que ocurrió en el caso *Towercast*, en *Illumina/GRAIL* el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ("TJUE") ha recordado los poderes de la Comisión Europea ("CE") y de las autoridades nacionales de competencia ("ANC") en pos de la seguridad jurídica.

La saga *Illumina/GRAIL* ha captado la atención de la comunidad jurídica debido a sus implicaciones significativas en el ámbito del control de concentraciones económicas en la UE. En este foro se analiza el desarrollo del caso, las decisiones de las distintas instancias judiciales y las implicaciones de la sentencia del TJUE para el futuro del control de concentraciones en la UE. Además, se exploran las soluciones y ajustes normativos que se podrían adoptar o ya se han adoptado para abordar las deficiencias identificadas por la CE en el sistema actual de control de concentraciones.

## 2. Breve resumen del caso *Illumina/GRAIL*

---

### 2.1. El inicio

En septiembre de 2020, *Illumina*, una empresa de biotecnología de Estados Unidos, decidió adquirir *GRAIL* por 8.000 millones de dólares (la "Operación"). *GRAIL*, una empresa también de Estados Unidos, era en 2020 prácticamente una *start-up* de pruebas de detección temprana multicitógeno.

La firma del contrato fue anunciada públicamente por las empresas y la concentración se notificó exclusivamente en Estados Unidos, ya que la Operación no cumplía los umbrales para ser notificada ante la CE ni ante ningún Estado miembro o en los demás Estados parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo ("EEE").

### 2.2. La remisión

Mientras el asunto se estaba analizando por la *Federal Trade Commission* en Estados Unidos, la CE actuó de manera inusual: tras recibir una denuncia, escribió a las ANC de los 27 Estados miembros de la UE invitándoles a que le remitieran el caso y, así, poder analizar la operación (la "Invita-

ción”). La autoridad de competencia francesa cursó tal solicitud y la CE informó entonces a las partes de que había surtido efectos la obligación de suspender la ejecución de la Operación. A esa solicitud inicial se adhirieron tres ANC adicionales (Bélgica, los Países Bajos y Grecia), junto con las ANC de Islandia y Noruega.

Tanto el acercamiento proactivo de la CE como la respuesta de las ANC causó conmoción, particularmente por dos motivos:

En primer lugar, reinterpreto el mecanismo de remisión de operaciones de concentración por parte de las ANC a la CE previsto en el artículo 22 del Reglamento de Concentraciones (el “Reglamento”). Desde hacía tiempo, la CE admitía operaciones que remitían las ANC 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.

En segundo lugar, este cambio de rumbo se realizó con un calendario cuestionable. La Invitación tuvo lugar antes de que la CE adoptara las (entonces) nuevas orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento. Si bien la posibilidad de tal reforma no era desconocida (como se ha comentado en la introducción, la preocupación de la CE por las *killer acquisitions* era patente), la Comisaria Vestager había indicado que cualquier política revisada en relación con el artículo 22 del Reglamento no se aplicaría antes de que la CE hubiera publicado orientaciones al respecto, declarando que necesitaban *“tiempo para que todo el mundo se adapte al cambio y tiempo para establecer orientaciones sobre cómo y cuándo aceptaremos estas remisiones”*.

### **2.3. El recurso y la sentencia del Tribunal General y la sentencia de casación del Tribunal de Justicia**

La decisión de la CE de aceptar la remisión y solicitar la notificación de la operación fue recurrida por Illumina ante el Tribunal General de la UE (“TG”) en abril de 2021.

En primer lugar, el recurso cuestionaba la competencia de la CE y su interpretación del artículo 22. Defendía que este artículo no confería a la CE la facultad de aceptar una solicitud de remisión de una ANC en casos en que esta no tenía jurisdicción para revisar una operación, y que, por lo tanto, la CE tampoco era competente para revisarla.

En segundo lugar, defendía que la solicitud de remisión de Francia era extemporánea, ya que se presentó mucho después de los quince días hábiles de que disponen las ANC para remitir una operación a la CE después de que se haya comunicado (*made known* en la versión en inglés, por lo que en el recurso se utiliza más bien el sentido de “haber tenido conocimiento”) a la ANC. Se alegó que el requisito de conocimiento se había cumplido con anterioridad a la Invitación por la amplia cobertura de prensa que el anuncio de la Operación había tenido meses antes. También se cuestionó el retraso de la CE en enviar la Invitación, considerándolo contrario tanto al principio de seguridad jurídica como a la obligación de actuar en un plazo razonable en virtud del principio de buena administración.

Por último, se alegó que la CE había actuado en contra del principio de seguridad jurídica y de las expectativas legítimas de Illumina al enviar la Invitación antes de publicar sus orientaciones en relación con el artículo 22.

En su sentencia de 13 de julio de 2022, el TG se pronunció a favor de la CE. En esencia, el TG consideró que la CE era competente para revisar la Operación, que la solicitud de remisión de Francia no era extemporánea y que, si bien el *timing* de la CE era “irrazonable”, no generaba indefensión a Illumina, que no podía tener legítimamente las expectativas que alegaba.

Posteriormente, la sentencia del TG fue recurrida en casación por Illumina y GRAIL ante el Tribunal de Justicia, cuya sentencia es la que nos ocupa en este artículo y se trata en el apartado siguiente.

De manera paralela, la CE había ordenado la suspensión de la Operación y multó a las partes por no hacerlo con más de 432 millones de euros. Novedosa en este punto fue la multa sin precedentes a la *target*, simbólica (EUR 1.000), por haber jugado un papel activo en la ejecución de la Operación siendo conocedora de la obligación de no cerrarla. Adicionalmente, la CE analizó y prohibió la concentración en septiembre de 2022 y obligó a desinvertir el negocio.

Por su parte, la notificación en Estados Unidos dio como resultado una prohibición de la *Federal Trade Commission* que fue recurrida en casación sin éxito. Finalmente la prohibición no se recurrió ante el Tribunal Supremo.

### 3. La sentencia del Tribunal de Justicia

---

En su sentencia, el TJUE falló a favor de Illumina y GRAIL, anulando la sentencia del TG y también las decisiones por las que la CE aceptó las solicitudes de remisión de las ANC.

El TJUE consideró que el TG se había equivocado al concluir que, en virtud de una interpretación literal, histórica, contextual y teleológica del Reglamento, la CE estaba autorizada a revisar casos que no cumplían los requisitos para ser notificados en los Estados miembros solicitantes. En concreto:

- i. En cuanto a la interpretación histórica, el TJUE niega que el artículo 22 pueda considerarse como un “mecanismo corrector” de las supuestas deficiencias derivadas de la rigidez de los umbrales de notificación.

Los trabajos preparatorios del Reglamento solo demuestran que el artículo 22 tuvo su origen en el hecho de que algunos Estados miembros no disponían de una regulación propia de control de concentraciones *ex ante*. El artículo 22 permitía entonces solicitar a la CE que examinara las operaciones que pudieran afectar a la competencia en esos Estados miembros que no tenían su propio control de concentraciones. No obstante, en la actualidad todos los Estados miembros (salvo Luxemburgo) tienen un régimen propio de control de concentraciones.

Posteriormente, el propósito del artículo 22 fue ampliar el principio de “ventanilla única” para permitir a la CE revisar una concentración notificada/sujeta a notificación en varios Estados miembros con el objetivo de evitar múltiples procedimientos y aportar seguridad jurídica. Los propios trabajos preparatorios del Reglamento reconocían, además, que, independientemente del tipo y del importe de los umbrales elegidos, algunas concentraciones que podían afectar al mercado interior escaparían, en cualquier caso, a un control *ex ante*.

Sin embargo, no se demostró que el legislador de la UE pretendiera en algún momento que el artículo 22 fuese un “mecanismo corrector” que subsanara las deficiencias de un sistema de control de las concentraciones basado principalmente en umbrales de volumen de negocios.

- ii. En lo que se refiere a la interpretación contextual, el TJUE considera que el TG no había tenido en cuenta diversas cuestiones relevantes. Entre ellas se encuentra el hecho de que las concentraciones que se revisan *ex art. 22* suponen una sustitución de la jurisdicción de la ANC, pues las concentraciones examinadas por la CE sobre la base del artículo 22 del Reglamento no revisten dimensión europea.

En consonancia con esta observación, solo el Estado o los Estados miembros que hayan formulado una solicitud al amparo del artículo 22 del referido Reglamento quedan privados, de conformidad con el párrafo tercero del apartado 3 de esa disposición, de la posibilidad de aplicar su normativa nacional en materia de competencia a la concentración de que se trate.

La sustitución bajo la que funciona el artículo 22 presupone que la normativa nacional de control de concentraciones no excluya la competencia de la ANC en cuestión, en particular porque la operación se sitúe por debajo de los umbrales de control que se incluyan en esta norma. En otros términos, si la normativa nacional excluye la jurisdicción de la ANC para revisar la operación, tal potestad de revisión (inexistente) no puede ser suplida por la CE bajo el artículo 22 del Reglamento.

- iii. Bajo la interpretación teleológica, el TJUE considera que el artículo 22 cumple dos objetivos. Uno de estos es permitir un control de las concentraciones cuando el Estado miembro no disponga de normativa nacional en materia de control de concentraciones. Otro es establecer un sistema de control de las concentraciones eficaz y previsible, basado en el principio de “ventanilla única”.

A la vista de estas dos finalidades, el TJUE declara que el artículo 22 no es un mecanismo corrector que amplía o reduce la jurisdicción, sino que corrige el reparto de competencias entre la CE y las ANC. Este sistema se basa tanto en un reparto claro de las tareas asignadas a la CE y a los Estados miembros como en una definición precisa de las condiciones de notificación y suspensión impuestas a las partes de una concentración. A este respecto, la interpretación de la CE del artículo 22 ponía en peligro la eficacia, la previsibilidad y la seguridad jurídica que deben garantizárseles a las partes de una concentración.

Finalmente, la sentencia del TJUE propone una suerte de potenciales soluciones alternativas para alcanzar los objetivos que pretendía la CE con la reinterpretación del artículo 22:

- A. La necesidad de controlar operaciones que queden fuera del alcance del control de concentraciones puede resolverse con la revisión de umbrales (tanto de la UE como nacionales).
- B. Las ANC pueden seguir evaluando concentraciones que no alcancen los umbrales de notificación de manera *ex post* como un potencial abuso de posición de dominio, bajo la jurisprudencia *Towercast* (que ya comentamos en un foro anterior).

## 4. El control de concentraciones tras la sentencia

Las consecuencias de la sentencia más inmediatas han sido la revocación por la CE de varias decisiones derivadas de la Operación (inicio de la Fase II, prohibición de la Operación, sanción por *gun jumping*, etc.). Otros asuntos que la CE había asumido por un reenvío bajo artículo 22 en situaciones análogas a las del caso *Illumina/GRAIL* quedaron también sin efecto.

Adicionalmente, puede que *Illumina* y/o *GRAIL* reclamen daños y perjuicios a la CE por su actuación. No obstante, si se produce dicha demanda, la CE podría alegar que, en cualquier caso, no se ha cerrado pues se prohibió en Estados Unidos (por lo que su actuación no habría generado este resultado).

Otra posible consecuencia, o quizás más bien un interrogante, es cómo actuarán la CE y las ANC ahora para hacer frente a las *killer acquisitions*. La Comisaria Vestager restó importancia a las implicaciones de la sentencia en relación con esta cuestión, señalando que varios Estados miembros habían modificado sus umbrales o introducido recientemente reformas que permiten a las ANC avocarse (y por tanto tener jurisdicción sobre) concentraciones por debajo de los umbrales nacionales. Afirmó que, en consecuencia, las posibilidades de remisión a la CE en virtud del artículo 22 son ya más amplias de lo que eran en el momento de la remisión que dio lugar al caso *Illumina-GRAIL*.

En la actualidad, varios Estados miembros, entre ellos Italia, pueden ejercer su jurisdicción sobre este tipo de concentraciones exigiendo una notificación cuando surgen problemas de competencia, incluso sin alcanzar los umbrales nacionales.

La sentencia del TJUE en el caso *Illumina/GRAIL* podría incitar a más Estados miembros a introducir mecanismos de avocación (*call-in* en inglés). Sin embargo, el recurso de las ANC a asignarse poderes de *call-in* que permitirían la remisión a la CE plantea ciertas cuestiones: puesto que cada ANC con capacidad de *call-in* debería ser contactada individualmente por las partes de una concentración para que evalúe la conveniencia de utilizar estos poderes, ¿entraría esta dinámica en conflicto con el principio de ventanilla única y la seguridad jurídica que pretende salvaguardar la sentencia del TJUE?

Italia ya ha hecho uso de sus poderes de *call-in* y ha remitido a la CE una operación bajo la reintroducida interpretación del mecanismo del artículo 22. La operación en cuestión no alcanza los

umbrales de notificación de la UE ni de ningún Estado miembro y fue notificada en Italia a petición de la ANC.

No parece que ningún Estado miembro se haya unido a esta solicitud, lo que sirve como ejemplo de otro interrogante que plantea la Sentencia, y es si un Estado miembro que no tiene jurisdicción para revisar una operación puede siquiera adherirse a la remisión de otra ANC.

Por otro lado, la sentencia recuerda que las concentraciones que se sitúan por debajo de los umbrales de control de las concentraciones pueden ser objeto de un examen a posteriori en virtud de las normas sobre abuso de posición dominante para aquellas operaciones que sigan sin estar sujetas a control *ex ante*. La Autoridad francesa de la competencia, que, coincidentemente, fue la autoridad que aceptó la Invitación y remitió la Operación a la CE y también en la que se originó el caso *Towercast*, emitió un comunicado en el que recalca que, tras la Sentencia, estudiará los medios existentes o necesarios para garantizar que ninguna concentración, aunque no esté sujeta a notificación previa, perjudique a la competencia en el territorio francés. A tal efecto, podrá recurrir a la revisión bajo el prisma del abuso de posición de dominio.

Finalmente, los Estados miembros podrían también plantearse si es necesario ajustar sus umbrales nacionales. La CE ha dejado claro que no pretende modificar los suyos. En nuestro país, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tampoco parece abogar por esa vía.

## 5. Conclusión

---

El caso *Illumina/GRAIL* ha puesto de manifiesto las complejidades y desafíos del control de concentraciones en la UE, especialmente en lo que respecta a las operaciones que no cumplen los umbrales de notificación establecidos. La sentencia del TJUE, que anuló la decisión de la CE de aceptar la remisión del caso, ha devuelto cierta seguridad jurídica y a las empresas involucradas en operaciones de concentración económica en la UE.

No obstante, el panorama actual no es el mismo que había al inicio del caso *Illumina/GRAIL*. Varios Estados miembros han modificado sus umbrales y se han arrogado sistemas de avocación de concentraciones para evitar que operaciones relevantes escapen al control *ex ante*. No cabe descartar que otras jurisdicciones sigan ese mismo camino.

Adicionalmente, la revisión *ex post* de las concentraciones bajo las normas sobre abuso de posición dominante es ahora una herramienta adicional de la que disponen las ANC y de las que algunas ya han hecho uso.

En última instancia, el caso *Illumina/GRAIL* ha generado un debate crucial sobre el equilibrio entre la flexibilidad en el control de concentraciones y la certitud y seguridad jurídica que deben poder tener las partes que se enfrentan a una concentración económica. Las lecciones aprendidas serán, sin duda, clave para la evolución futura de la política de competencia en la UE.