Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. NICHOLAS EMILIOU
presentadas el 21 de marzo de 2024[1]

Asuntos acumulados C-611/22 P y C-625/22 P

Illumina, Inc.
contra
Comisión Europea (C-611/22 P)
y
Grail LLC
contra
Illumina, Inc.,

Comisión Europea (C-625/22 P)

«Recurso de casación — Competencia — Concentraciones entre empresas — Artículo 22 del Reglamento (CE) n.º 139/2004 — Concentraciones sin dimensión comunitaria — Solicitud de remisión presentada por una autoridad de defensa de la competencia no competente según la legislación nacional — Decisión de la Comisión de examinar la operación de concentración — Competencia de la Comisión — Plazo para la presentación de la solicitud de remisión — Obligación de actuar en un plazo razonable — Principio de buena administración — Derecho de defensa — Confianza legítima»

I. Introducción

1. La mayoría de las leyes antimonopolio modernas, tanto en la Unión Europea como en otros lugares, se basan en una tríada de disposiciones: las normas relativas a los acuerdos y prácticas colusorias, las normas sobre comportamiento unilateral (o abusos de posición dominante) y las normas sobre el control de las concentraciones.

2. La particularidad de las normas sobre control de las concentraciones reside en el hecho de que, a diferencia de los otros dos grupos de normas, por lo general exigen que las autoridades competentes (administrativas y/o judiciales) lleven a cabo una forma de control *ex ante*, en contraposición a una forma de control *ex post*, que consiste en determinar si un proyecto de concentración podría, en caso de llevarse a cabo, causar un perjuicio significativo a la competencia efectiva. Se trata de una evaluación técnica especialmente compleja y laboriosa, «que no se basa en reglas científicas precisas, sino en la aplicación de criterios y principios opinables» y que tiene por

[1] Lengua original: inglés.

objeto «[valorar] los efectos de la concentración sobre la estructura y la dinámica competitiva de los mercados de referencia, teniendo en cuenta los numerosos factores, en continua evolución, que pueden incidir en el futuro desarrollo de la demanda y de la oferta en tales mercados». [2]

3. No obstante, esta evaluación debe llevarse a cabo en el plazo más breve posible. En efecto, para preservar la eficacia del sistema, la mayoría de los regímenes jurídicos —incluido el de la Unión— exigen que las empresas afectadas notifiquen la operación a las autoridades competentes y suspendan su ejecución hasta que reciban la autorización de estas últimas. La notificación y la suspensión ocasionan costes importantes y generan ciertos riesgos para las empresas afectadas.

4. En este contexto, la elección por el legislador del tipo de umbrales y la fijación de los importes relativos que, cuando se alcanzan, imponen obligaciones de notificación y de suspensión a las partes de la concentración reviste una importancia crucial para el buen funcionamiento del sistema. Estos umbrales persiguen una doble función: garantizar un «vínculo local» que justifique la intervención de las autoridades en cuestión y filtrar las operaciones potencialmente interesantes. Lo ideal sería que los umbrales fueran fáciles de calcular (a fin de evitar incertidumbres acerca de si una determinada operación debe notificarse) y que se fijaran en un nivel que minimice, al mismo tiempo, el número de operaciones con una baja probabilidad de plantear problemas de competencia que entran en el ámbito de aplicación del sistema, y de las que pueden plantear tales problemas y no están comprendidas en dicho ámbito de aplicación. [3]

5. El régimen de control de las concentraciones de la Unión —regulado por el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento […] de concentraciones [de la Unión])— [4] se basa principalmente en el volumen de negocio de las empresas afectadas. No obstante, dicho Reglamento contiene algunas disposiciones que, con carácter excepcional, facultan a la Comisión Europea para revisar las concentraciones que no alcancen los umbrales de volumen de negocio en cuestión, cuando las autoridades de los Estados miembros las remitan a dicha institución y, en su caso, tras haber sido invitadas a ello por la Comisión. El presente asunto gira principalmente en torno a la definición del significado y ámbito de aplicación de una de estas disposiciones, el artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión. En pocas palabras, la cuestión clave en el presente procedimiento es la siguiente: ¿esta disposición permite a la Comisión examinar una operación de concentración que le ha sido remitida por las autoridades de un Estado miembro cuando estas no son competentes para examinarla porque la concentración de que se trata no alcanza los umbrales fijados por su normativa nacional en materia de control de concentraciones?

6. Pese a la aparente simplicidad de la cuestión, encontrar la respuesta correcta no es en absoluto sencillo. Exige que el intérprete lleve a cabo un análisis hermenéutico meticuloso para determinar la interpretación correcta del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión. Para ello, no solo es preciso examinar el tenor, origen, contexto y finalidad de dicha disposición, sino también tener en cuenta la lógica del régimen de control de las concentraciones de la Unión, así como algunos principios fundamentales del Derecho de la Unión (como los principios de equilibrio institucional, subsidiariedad, seguridad jurídica, territorialidad, etc.). Por último, pero

2 Conclusiones del Abogado General Tizzano presentadas en el asunto Comisión/Tetra Laval (C-12/03 P, EU:C:2004:318), punto 73.

3 Sobre estas cuestiones, véase Red Internacional de Competencia, Grupo de Trabajo sobre Concentraciones, Subgrupo sobre Notificaciones y Procedimientos, *Setting Notification Thresholds for Merger Review*, abril de 2008 (disponible en el sitio de Internet de la red).

4 DO 2004, L 24, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento de concentraciones de la Unión».

no por ello menos importante, es difícil exagerar la importancia que la respuesta a esta pregunta puede tener para el funcionamiento correcto y efectivo del régimen de control de las concentraciones de la Unión.

II. Derecho de la Unión

7. El artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión, titulado «Remisión a la Comisión», dispone:

«1. 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.

2. La Comisión informará sin demora a las autoridades competentes de los Estados miembros y a las empresas afectadas de cualquier solicitud recibida con arreglo al apartado 1.

Cualquier otro Estado miembro tendrá derecho a sumarse a la solicitud inicial en el plazo de 15 días laborables a partir de la fecha en que haya recibido de la Comisión la información sobre la solicitud inicial.

[…]

3. La Comisión podrá, en un plazo máximo de 10 días laborables desde la expiración del plazo establecido en el apartado 2, adoptar la decisión de examinar la concentración cuando considere que afecta al comercio entre Estados miembros y amenaza con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado miembro o de los Estados miembros que hayan presentado la solicitud. Si la Comisión no adopta una decisión en el plazo citado, se considerará que ha decidido examinar la concentración de conformidad con la solicitud.

La Comisión informará a todos los Estados miembros y a las empresas afectadas de la decisión que haya adoptado. Podrá exigir la presentación de una notificación con arreglo al artículo 4.

El Estado o Estados miembros que hayan presentado la solicitud dejarán de aplicar a la concentración su normativa nacional en materia de competencia.

4. El artículo 2, los apartados 2 y 3 del artículo 4 y los artículos 5, 6 y 8 a 21 serán aplicables cuando la Comisión examine una concentración con arreglo al apartado 3. El artículo 7 se aplicará siempre que la concentración no haya sido ejecutada en la fecha en que la Comisión informe a las empresas afectadas de que se ha presentado una solicitud.

Cuando no se exija una notificación con arreglo al artículo 4, el plazo fijado en el apartado 1 del artículo 10 para la incoación del procedimiento empezará a contar el día laborable siguiente a la

fecha en que la Comisión informe a las empresas afectadas de que ha decidido examinar la concentración en virtud del apartado 3.

5. La Comisión podrá informar a uno o varios Estados miembros de que considera que una concentración cumple los criterios del apartado 1. En tales casos, podrá invitar a ese Estado o Estados miembros a presentar una solicitud con arreglo al apartado 1.»

8. El mecanismo de remisión actualmente previsto en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión se estableció inicialmente en el artículo 22, apartados 3 a 6 (titulado «Aplicación del presente Reglamento»), del Reglamento comunitario sobre el control de las concentraciones de 1989[5], que posteriormente fue modificado por el Reglamento (CE) n.º 1310/97 del Consejo.[6] El Reglamento comunitario de concentraciones fue derogado posteriormente por el Reglamento de concentraciones de la Unión con efectos a partir del 1 de mayo de 2004.

III. Antecedentes de hecho

9. Los hechos más relevantes, tal como se desprenden de la sentencia de 13 de julio de 2022, Illumina/Comisión, T-227/21 (en lo sucesivo, «sentencia recurrida»),[7] pueden resumirse del siguiente modo.

10. El 20 de septiembre de 2020, Illumina, Inc. —una sociedad estadounidense que comercializa soluciones en materia de análisis genético y genómico mediante secuenciación y mediante matrices— celebró un acuerdo y un plan de fusión con objeto de adquirir el control exclusivo de Grail LLC (anteriormente Grail, Inc.), que desarrolla pruebas de sangre de detección precoz del cáncer, de cuyo capital ya poseía el 14,5 % (en lo sucesivo, «concentración controvertida»). El 21 de septiembre de 2020, Illumina y Grail (en lo sucesivo, «recurrentes») publicaron un comunicado de prensa en el que anunciaron esta concentración.

[5] Reglamento (CEE) n.º 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO 1989, L 395, p. 1; corrección de errores en DO 1990, L 257, p. 13; en lo sucesivo, «Reglamento comunitario de concentraciones»). El artículo 22, apartados 3 a 6, de dicho Reglamento tiene el siguiente tenor:
«3. Si la Comisión comprueba, a instancia de un Estado miembro, que una operación de concentración […] sin dimensión comunitaria con arreglo al artículo 1, crea o refuerza una posición dominante cuya consecuencia sería una obstaculización significativa de la competencia efectiva en el territorio del Estado miembro en cuestión, podrá, en la medida en que dicha concentración afecte al comercio entre Estados miembros, adoptar las decisiones previstas en el párrafo segundo del apartado 2 y en los apartados 3 y 4 del artículo 8.
4. Se aplicarán las disposiciones de las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 2, así como las de los artículos 5, 6, 8 y 10 a 20. […] Esta deberá producirse a más tardar en un plazo de un mes a partir de la fecha en la que la operación de concentración se haya comunicado al Estado miembro o se haya realizado. […]
5. En aplicación del apartado 3, la Comisión solo adoptará las medidas estrictamente necesarias para preservar o restablecer una competencia efectiva en el territorio del Estado miembro a instancia del cual haya intervenido.
6. Las disposiciones de los apartados 3, 4 y 5 seguirán siendo de aplicación mientras no se revisen las cuantías contempladas en el apartado 2 del artículo 1.»

[6] Reglamento del Consejo, de 30 de junio de 1997, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 4064/89, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (DO 1997, L 180, p. 1; en lo sucesivo, «Reglamento de 1997»). Modificó el artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones mediante, entre otras cosas: i) la introducción, en el apartado 3, de una referencia a la posibilidad de que dos o más Estados miembros presenten una solicitud conjunta; ii) la introducción, en el apartado 4, de los términos «el artículo 7 se aplicará siempre que no se haya llevado a cabo la operación de concentración en la fecha en que la Comisión informe a las partes de que se ha presentado una solicitud» y «dicha solicitud deberá presentarse a más tardar en un plazo de un mes a partir de la fecha en la que la operación de concentración se haya comunicado al Estado o Estados miembros autores de la solicitud conjunta o se haya realizado», y iii) la supresión del apartado 6.

[7] EU:T:2022:447.

11. Dado que el volumen de negocios de las recurrentes no superaba los umbrales pertinentes, en particular porque Grail no generaba ingresos en ningún Estado miembro de la Unión ni en ningún otro lugar del mundo, la concentración controvertida no tenía dimensión europea, en el sentido del artículo 1 del Reglamento de concentraciones de la Unión y, por lo tanto, no fue notificada a la Comisión. La concentración controvertida tampoco fue notificada en los Estados miembros de la Unión o en los Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (EEE), [8] puesto que no estaba comprendida en el ámbito de aplicación de su normativa nacional en materia de control de las concentraciones.

12. Tras recibir una denuncia relativa a la concentración controvertida en diciembre de 2020, la Comisión mantuvo una serie de intercambios con el denunciante, con varias autoridades nacionales de defensa de la competencia de los Estados miembros (en lo sucesivo, «ANC»), y con la Competition and Markets Authority (Autoridad de Defensa de la Competencia y de los Mercados, Reino Unido).

13. El 19 de febrero de 2021, la Comisión informó a los Estados miembros de la concentración controvertida remitiéndoles un escrito con arreglo al artículo 22, apartado 5, del Reglamento de concentraciones de la Unión (en lo sucesivo, «carta de invitación»). En dicha carta, la Comisión expuso las razones por las que consideraba, a primera vista, que la concentración parecía cumplir los requisitos establecidos en el artículo 22, apartado 1, del Reglamento de concentraciones de la Unión e instó a los Estados miembros a que le presentasen una solicitud de remisión.

14. En una conversación telefónica que tuvo lugar el 4 de marzo de 2021, la Comisión informó al representante legal de cada una de las recurrentes de la carta de invitación y de la posibilidad de presentar una solicitud de remisión con arreglo al artículo 22, apartado 1, del Reglamento de concentraciones de la Unión.

15. El 9 de marzo de 2021, la Autorité de la concurrence française (Autoridad de Defensa de la Competencia, Francia; en lo sucesivo, «ACF») solicitó a la Comisión, de conformidad con el artículo 22, apartado 1, del Reglamento de concentraciones de la Unión, que examinara la concentración controvertida (en lo sucesivo, «solicitud de remisión»). El 10 de marzo de 2021, la Comisión, con arreglo al artículo 22, apartado 2, del Reglamento de concentraciones de la Unión, informó a las ANC y al Órgano de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC) de la solicitud de remisión. El 11 de marzo de 2021, la Comisión informó asimismo a las recurrentes de la solicitud de remisión indicando que la concentración controvertida no podía llevarse a cabo si, y en la medida en que, fuera aplicable la obligación de suspensión prevista en el artículo 7 del Reglamento de concentraciones de la Unión, en relación con el artículo 22, apartado 4, párrafo primero, segunda frase, de dicho Reglamento (en lo sucesivo, «escrito informativo»).

16. Los días 16 y 29 de marzo de 2021, las recurrentes presentaron a la Comisión observaciones en las que se oponían a la solicitud de remisión. Los días 2, 7 y 12 de abril de 2021, Illumina respondió a las solicitudes de información que la Comisión le había dirigido los días 26 de marzo y 8 de abril de 2021.

[8] DO 1994, L 1, p. 3 (en lo sucesivo, «Acuerdo EEE»).

17. Mediante escritos de 24, 26 y 31 de marzo de 2021, las autoridades de defensa de la competencia belga, griega, islandesa, neerlandesa y noruega solicitaron sumarse a la solicitud de remisión, de conformidad con el artículo 22, apartado 2, del Reglamento de concentraciones de la Unión (en lo sucesivo, «solicitudes de adhesión»).

18. El 31 de marzo de 2021, la Comisión publicó una comunicación titulada «Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones [de la Unión] a determinadas categorías de casos». [9]

19. Mediante decisiones de 19 de abril de 2021, la Comisión estimó la solicitud de remisión y las solicitudes de adhesión. En tales decisiones, la Comisión: i) declaró que la solicitud de remisión se había presentado dentro del plazo de quince días laborables establecido en el artículo 22, apartado 1, del Reglamento de concentraciones de la Unión; ii) declaró que las solicitudes de adhesión respetaban el plazo dispuesto en el artículo 22, apartado 2, del Reglamento de concentraciones de la Unión; iii) declaró que la concentración controvertida cumplía los criterios de remisión con arreglo al artículo 22, apartado 1, del Reglamento de concentraciones de la Unión, y iv) desestimó por infundadas las alegaciones de las recurrentes relativas a la supuesta vulneración de su derecho de defensa, así como a la violación de otros principios de Derecho de la Unión.

IV. Procedimiento ante el Tribunal General, sentencia recurrida y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

20. Mediante escrito presentado el 28 de abril de 2021, Illumina interpuso un recurso ante el Tribunal General, con arreglo al artículo 263 TFUE, solicitando la anulación del escrito informativo, la decisión de aceptar la remisión de la ACF y las decisiones por las que se estiman las solicitudes de adhesión (en lo sucesivo, «decisiones impugnadas»).

21. Mediante autos y decisiones del Presidente de la Sala Tercera ampliada del Tribunal General, i) se admitió la intervención de Grail en apoyo de las pretensiones de Illumina; ii) se admitió la intervención de la República Helénica, la República Francesa y del Reino de los Países Bajos, así como del Órgano de Vigilancia de la AELC en apoyo de las pretensiones de la Comisión, y iii) se denegó la solicitud de intervención de Computer & Communications Industry Association en apoyo de las pretensiones de Illumina.

22. Illumina, apoyada por Grail, solicitó al Tribunal General que anulara las decisiones impugnadas y el escrito informativo, y que condenara en costas a la Comisión. Por su parte, la Comisión, apoyada por la República Helénica, la República Francesa, el Reino de los Países Bajos y el Órgano de Vigilancia de la AELC, solicitó al Tribunal General que declarara la inadmisibilidad del recurso o, con carácter subsidiario, lo desestimara por ser en parte inadmisible y en parte infundado, y que condenara en costas a Illumina.

23. El 13 de julio de 2022, mediante la sentencia recurrida, el Tribunal General desestimó el recurso, condenó a Illumina a cargar, además de con sus propias costas, con las de la Comisión, y condenó a la República Helénica, la República Francesa, el Reino de los Países Bajos, el Órgano de Vigilancia de la AELC y Grail a cargar con sus propias costas.

[9] DO 2021, C 113, p. 1.

24. En sus recursos de casación ante el Tribunal de Justicia, interpuestos respectivamente los días 22 y 30 de septiembre de 2022, Illumina (asunto C-611/22 P) y Grail (asunto C-625/22 P) solicitaron al Tribunal de Justicia que anulara la sentencia recurrida, anulara las decisiones impugnadas y condenara en costas a la Comisión. Grail solicitó asimismo al Tribunal de Justicia que anulara la solicitud de la ACF y el escrito informativo de la Comisión.

25. El 21 de diciembre de 2022, el Presidente del Tribunal de Justicia decidió, tras oír al Juez Ponente, al Abogado General y a las partes, acumular ambos asuntos a efectos de la fase oral del procedimiento y de la sentencia, de conformidad con el artículo 54, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia (en lo sucesivo, «RPTJ»). Mediante decisión de 10 de enero de 2023, el Presidente del Tribunal de Justicia decidió asimismo, tras oír al Juez Ponente y al Abogado General, denegar la solicitud de la Comisión de que el asunto C-625/22 P se tramitara mediante el procedimiento acelerado establecido en los artículos 133 a 136 del RPTJ y se diera prioridad al asunto con arreglo al artículo 53, apartado 3, del RPTJ.

26. Mediante dos autos del Presidente del Tribunal de Justicia de 10 de marzo de 2023, se admitió la intervención de Biocom California en apoyo de las pretensiones formuladas por Illumina en el asunto C-611/22 P, y se denegaron las solicitudes de intervención en apoyo de las pretensiones formuladas por Grail en el asunto C-625/22 P que presentaron la Association Française des Juristes d'Entreprise (AFJE) y la European Company Lawyers Association (ECLA).

27. En sus escritos de contestación, la Comisión, la República Francesa, el Reino de los Países Bajos y el Órgano de Vigilancia de la AELC solicitaron al Tribunal de Justicia que desestimara los recursos de casación y condenara en costas a las recurrentes. Por su parte, Grail presentó un escrito de contestación en el asunto C-611/22 P e Illumina presentó un escrito de contestación en el asunto C-625/22 P, solicitando cada una de ellas al Tribunal de Justicia la anulación de la sentencia recurrida y de las decisiones impugnadas y la condena en costas de la Comisión.

28. Las recurrentes presentaron un escrito de réplica y las recurridas presentaron un escrito de dúplica. Las recurrentes, las recurridas y las partes coadyuvantes expusieron sus tesis en la vista celebrada ante el Tribunal de Justicia el 12 de diciembre de 2023.

V. Apreciación

29. En apoyo de sus recursos de casación, cada una de las recurrentes invoca tres motivos, que se solapan en gran medida. Por lo tanto, analizaré estos motivos conjuntamente.

30. En consecuencia, examinaré en primer lugar si el Tribunal General incurrió en error al interpretar el significado y el ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1, del Reglamento de concentraciones de la Unión (A). En segundo lugar, abordaré las alegaciones de las recurrentes según las cuales la solicitud de remisión se presentó extemporáneamente y la Comisión incumplió su obligación de actuar en un plazo razonable (B). En tercer y último lugar, apreciaré las supuestas violaciones de los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica (C).

A. Primer motivo: significado y ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1, del Reglamento de concentraciones de la Unión

31. El primer motivo invocado por Illumina y Grail se refiere a los apartados 85 a 185 de la sentencia recurrida. En dichos pasajes, el Tribunal General desestimó el primer motivo formulado por Illumina en primera instancia, basado en la falta de competencia de la Comisión para analizar la concentración controvertida. En particular, tras examinar las alegaciones de las partes, el Tribunal General llegó a la siguiente conclusión:

«183. […] teniendo en cuenta las interpretaciones literal, histórica, contextual y teleológica del artículo 22 del [Reglamento de concentraciones de la Unión], procede concluir que los Estados miembros pueden, en las condiciones previstas en el mismo, presentar una solicitud de remisión en virtud de esta disposición con independencia del alcance de su normativa nacional en materia de control de las concentraciones.

184. En consecuencia, la Comisión aceptó justificadamente en las decisiones impugnadas la solicitud de remisión y las solicitudes de adhesión en virtud del artículo 22 del [Reglamento de concentraciones de la Unión] […]».

1. Alegaciones de las partes

32. Illumina alega que, al respaldar la aplicación del artículo 22, apartado 1, del Reglamento de concentraciones de la Unión efectuada por la Comisión, el Tribunal General interpretó erróneamente dicha disposición. En particular, Illumina sostiene que el Tribunal General: i) no aplicó una serie de principios fundamentales del Derecho de la Unión (como los de seguridad jurídica, proporcionalidad y subsidiariedad); ii) no identificó y consideró adecuadamente el objeto del Reglamento de concentraciones de la Unión; iii) no interpretó en sentido restrictivo una disposición que constituye una excepción a una regla general, y iv) no reconoció la importancia del contexto y del objeto de la disposición de que se trata. De manera similar, Grail considera que una interpretación literal, histórica, contextual y teleológica del artículo 22, apartado 1, del Reglamento de concentraciones de la Unión no apoyaba la lectura que el Tribunal General hizo de este.

33. En esencia, Biocom apoya las alegaciones formuladas por las recurrentes, subrayando la inseguridad jurídica y la carga desproporcionada que resulta de la sentencia recurrida para las partes de la concentración.

34. La Comisión aduce que los primeros motivos formulados por las recurrentes son inoperantes, inadmisibles en la medida en que se basan en determinados documentos preparatorios y, con carácter subsidiario, infundados. Considera que el Tribunal General interpretó correctamente el artículo 22, apartado 1, del Reglamento de concentraciones de la Unión. En particular, la Comisión sostiene que las recurrentes: i) no tienen debidamente en cuenta la clara formulación de dicha disposición, e ii) incurren en error al considerar que la interpretación adoptada por el Tribunal General tendría como consecuencia que el sistema del Reglamento de concentraciones de la Unión no ofrecería una seguridad jurídica adecuada a las partes de la concentración.

35. Los Gobiernos francés y neerlandés y el Órgano de Vigilancia de la AELC comparten el punto de vista de la Comisión. En particular, el Gobierno francés alega que el Tribunal General aplicó correctamente los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad y subsidiariedad. El Gobierno neerlandés sostiene que, en virtud del artículo 22, apartado 1, del Reglamento de

concentraciones de la Unión, estaba facultado para solicitar a la Comisión que examinara una concentración como la controvertida o a adherirse a una solicitud presentada por otra ANC. Por su parte, el Órgano de Vigilancia de la AELC aduce que las recurrentes incurren en error al invocar el sistema de ventanilla única establecido por el Reglamento de concentraciones de la Unión, pues este mecanismo solo se refiere a las concentraciones que revisten dimensión comunitaria, mientras que no es aplicable a las concentraciones que no revisten tal dimensión.

2. Análisis

36. En las páginas siguientes, examinaré en primer lugar algunas objeciones preliminares de orden procesal planteadas por la Comisión antes de abordar el fundamento de los primeros motivos de casación formulados por las recurrentes.

a) Cuestiones preliminares

37. Antes de nada, procede abordar las alegaciones de la Comisión según las cuales: i) los primeros motivos formulados por las recurrentes son inoperantes, y ii) Grail se basa en determinados documentos que son inadmisibles.

38. Estas alegaciones no resultan convincentes.

39. En primer lugar, un motivo de casación es inoperante cuando, aunque se considerase fundado, no podría dar lugar a la anulación de la sentencia recurrida.[10] Evidentemente, este no es el caso de los motivos de casación examinados en el presente asunto. No se discute que, si el Tribunal General —como alegan las recurrentes— hubiera interpretado erróneamente la naturaleza y el ámbito de aplicación del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión, con la consecuencia de que la Comisión no podía examinar la concentración controvertida, la sentencia recurrida adolecería de un error de Derecho que daría lugar a la anulación de dicha sentencia y de las decisiones impugnadas.

40. El texto de los recursos de casación contradice la afirmación de la Comisión de que las recurrentes no han impugnado las apreciaciones realizadas por el Tribunal General en determinados pasajes de la sentencia recurrida (apartados 90 a 94 de esta por lo que respecta a Illumina, y apartados 183 y 184 de esta por lo que respecta a Grail). De hecho, la crítica de la Comisión parece referirse más bien al peso de las alegaciones formuladas por las recurrentes para rebatir las apreciaciones realizadas por el Tribunal General en dichos pasajes. Sin embargo, se trata de una cuestión referida al fundamento del motivo de casación y no a su carácter supuestamente inoperante.

41. En segundo lugar, la alegación de la Comisión relativa a la supuesta inadmisibilidad de determinados documentos invocados por Grail en relación con la interpretación histórica del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión (en lo sucesivo, «documentos controvertidos») también es infundada. La Comisión alega esencialmente que tales documentos deberían haberse presentado en primer lugar ante el Tribunal General para ser admisibles

[10] Véase, por ejemplo, la sentencia de 22 de junio de 2023, DI/BCE (C-513/21 P, EU:C:2023:500), apartado 47 y jurisprudencia citada.

posteriormente en el marco de un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia. Para ello, la Comisión invoca el auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 10 de octubre de 2023, Deutsche Lufthansa/Ryanair y otros. [11]

42. Sin embargo, el RPTJ no establece el requisito general de que los documentos deban presentarse en primer lugar ante el Tribunal General para ser posteriormente admisibles en el marco de un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia y dicho requisito tampoco se desprende de la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión. No podría ser de otro modo: tal norma sería totalmente irrazonable y contraproducente. A este respecto, huelga subrayar que los recursos de anulación y de casación tienen un objeto distinto (una decisión el primero y una sentencia el segundo) y, por lo tanto, las cuestiones jurídicas sobre las que deben pronunciarse ambos órganos jurisdiccionales pueden no coincidir plenamente.

43. Más fundamentalmente, tal norma sería contraria a los principios que rigen la presentación de pruebas ante los órganos jurisdiccionales de la Unión. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que «el principio de igualdad de armas, que es un corolario del concepto mismo de proceso justo, garantizado en particular por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [(en lo sucesivo, "Carta")], implica la obligación de ofrecer a cada parte una oportunidad razonable de presentar su causa, *incluidas sus pruebas*, en condiciones que no la coloquen en una situación clara de desventaja con respecto a su adversario». [12] Por lo que respecta a la presentación de pruebas, la norma básica es que *toda* prueba puede presentarse ante los órganos jurisdiccionales de la Unión. No obstante, tales órganos jurisdiccionales pueden tener en cuenta la existencia de posibles intereses (intrajudiciales o extrajudiciales) que, con carácter excepcional, puedan justificar la negativa a aceptar la prueba, y ponderar estos intereses con los que abogan por su aceptación. [13] Puede suceder así, por ejemplo, cuando un documento se haya obtenido ilegalmente o contenga información confidencial que no deba divulgarse al público para proteger determinados intereses públicos o privados.

44. En el presente asunto, los documentos controvertidos fueron obtenidos legalmente por Grail a raíz de solicitudes de acceso a documentos presentadas con arreglo al Reglamento (CE) n.º 1049/2001 [14] para criticar algunos pasajes concretos de la sentencia recurrida. Dado que dichos pasajes se refieren a una de las cuestiones clave del presente asunto (si la interpretación que el Tribunal General hace del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión está respaldada por una interpretación histórica de este), no veo ninguna razón plausible por la que las recurrentes no deban estar autorizadas a invocar los documentos controvertidos. En efecto, si se declarara la inadmisibilidad de dichos documentos, las recurrentes quedarían privadas *de facto* de la posibilidad de impugnar las apreciaciones efectuadas por el Tribunal General en los apartados 69 a 117 de la sentencia recurrida. Ello sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial consagrado en el artículo 47 de la Carta.

11 C-457/23 P, EU:C:2023:760.

12 Véase, en particular, la sentencia de 12 de julio de 2022, Nord Stream 2/Parlamento y Consejo (C-348/20 P, EU:C:2022:548), apartado 128 y jurisprudencia citada. El subrayado es mío.

13 Véanse, en este sentido, *ibidem*, apartados 130 y 131, y, con otras referencias, las conclusiones del Abogado General Bobek presentadas en el asunto Nord Stream 2/Parlamento y Consejo (C-348/20 P, EU:C:2021:831), punto 120.

14 Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DO 2001, L 145, p. 43).

45. Del mismo modo, resulta manifiestamente indefendible la sugerencia de la Comisión de que el Tribunal de Justicia no puede examinar documentos presentados legalmente por una parte. Como ha declarado el Tribunal de Justicia, a este respecto, «el principio aplicable en el Derecho de la Unión es el de la libre apreciación de la prueba», [15] y «el único criterio de apreciación del valor de las pruebas aportadas reside en su credibilidad». [16]

46. El auto del Presidente invocado por la Comisión carece de pertinencia en este contexto. Dicho asunto se refería a una solicitud presentada por una sociedad al Tribunal de Justicia para que determinados datos que figuraban en el texto principal y en un anexo de su recurso de casación recibieran un tratamiento confidencial frente a las demás partes en el procedimiento. Es importante señalar que la información cuyo tratamiento confidencial se solicitó había sido presentada en primera instancia, pero posteriormente fue retirada de los autos porque el Tribunal General no la consideró pertinente. Por consiguiente, dicha información no benefició de un tratamiento confidencial en primera instancia, dado que el Tribunal General la había retirado de los autos sin ponderar su confidencialidad y las exigencias vinculadas al derecho a la tutela judicial efectiva, tal como se establece en el artículo 103, apartado 2, de su Reglamento de Procedimiento. Sobre esta base, el Presidente denegó la solicitud de tratamiento confidencial presentada por la sociedad, subrayando que, puesto que la información en cuestión no figuraba en los autos que habían servido de base a la resolución del Tribunal General, esa información no podía, en principio, resultar pertinente para el control por el Tribunal de Justicia de la legalidad de dicha resolución en la fase de casación. Por lo tanto, no había ninguna razón para conceder en la fase de casación un tratamiento confidencial a la información que la recurrente había divulgado voluntariamente en sus observaciones.

47. Dicho auto constituye una aplicación directa de los principios básicos según los cuales un recurso de casación ante el Tribunal de Justicia se limita a las cuestiones de Derecho, y el objeto de dicho procedimiento se limita al de primera instancia y no puede ser modificado en el marco del recurso de casación. [17] Sin embargo, a diferencia de dicho asunto, el caso de autos se refiere: i) a una cuestión de Derecho (interpretación del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión) y no a la comprobación de hechos controvertidos, y ii) a una cuestión que fue planteada y debatida en primera instancia y sobre la que se pronunció el Tribunal General.

48. Es cierto que del citado auto no se desprende que, para impugnar un pasaje crucial de una sentencia recurrida, un recurrente deba haber aportado las pruebas pertinentes ya en primera instancia. Dicho auto tampoco puede interpretarse en el sentido de que la correcta interpretación de la ley es una cuestión que corresponde probar de modo suficiente a la recurrente, ni menos aún que tenga que hacerlo en primera instancia. Ello estaría en abierta contradicción con el principio bien asentado *iura novit curia*, [18] así como con numerosas resoluciones del Tribunal de Justicia. [19]

15 Sentencia de 12 de julio de 2022, Nord Stream 2/Parlamento y Consejo (C-348/20 P, EU:C:2022:548), apartado 129 y jurisprudencia citada.

16 Véase, por ejemplo, el auto de 12 de junio de 2019, OY/Comisión (C-816/18 P, EU:C:2019:486), punto 6 de las conclusiones del Abogado General, citado en el apartado 4 del auto, y jurisprudencia citada.

17 Véanse, en efecto, los apartados 9 y 10 de dicho auto.

18 Véanse, de nuevo, las conclusiones del Abogado General Bobek presentadas en el asunto Nord Stream 2/Parlamento y Consejo (C-348/20 P, EU:C:2021:831), punto 177 y jurisprudencia citada.

19 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión (C-413/14 P, EU:C:2017:632), apartado 86, y de 25 de marzo de 2021, Xellia Pharmaceuticals y Alpharma/Comisión (C-611/16 P, EU:C:2021:245), apartado 153.

49. Dicho esto, la Comisión tiene razón al considerar que, en principio, los elementos esenciales de la argumentación jurídica de las recurrentes deben figurar en el propio escrito de interposición del recurso y los documentos adjuntos a este solo tienen una función de apoyo. Así pues, si bien el Tribunal de Justicia no está vinculado por la interpretación del Derecho propuesta por las partes y tiene libertad, a tal fin, para inspirarse en cualquier documento del que conozca válidamente, no cabe esperar que busque e identifique en los anexos de los recursos las imputaciones y las alegaciones en las que puedan basarse dichos recursos.[20] Por consiguiente, haré caso omiso de todas las alegaciones que no se expliciten en los recursos de casación y que no puedan comprenderse correctamente sin examinar los anexos.

b) Sobre el fondo

50. Paso ahora a examinar el fondo de los primeros motivos de casación invocados por las recurrentes. En esencia, estos motivos plantean la cuestión de si el Tribunal General incurrió en error de Derecho en su interpretación del artículo 22, apartado 1, del Reglamento de concentraciones de la Unión. Como se ha indicado anteriormente, dicho órgano jurisdiccional llegó a la conclusión de que una interpretación «literal, histórica, contextual y teleológica» de esta disposición confirmaba la tesis de que los Estados miembros pueden solicitar a la Comisión que examine una concentración que no revista dimensión comunitaria, aun cuando no sean competentes para examinar tal concentración en virtud del Derecho nacional. En efecto, el Tribunal General declaró que el artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión persigue distintos objetivos, uno de los cuales es «permitir, como "*mecanismo corrector*", un control efectivo de todas las concentraciones que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado interior y que eludan, debido a la no superación de los umbrales de volumen de negocio, las normativas en materia de control de las concentraciones de la Unión y de los Estados miembros».[21]

51. En las siguientes páginas, explicaré las razones por las que considero que el Tribunal General erró al interpretar el artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión. Aunque las alegaciones basadas en el tenor de la disposición, formuladas por la Comisión y reproducidas por el Tribunal General, tienen cierta fuerza, otros elementos interpretativos —que se refieren a la historia, al contexto y al objetivo de la disposición, así como a una importancia sistémica más amplia— dejan bastante claro que el significado y el ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión no son los adoptados en la sentencia recurrida.

1) Interpretación literal del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión

52. El análisis debe comenzar por el tenor del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión, que procede recordar: «uno o varios Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que examine cualquier concentración […] que no tenga dimensión comunitaria […], 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».

[20] Véase, por analogía, la sentencia de 30 de septiembre de 2021, Tribunal de Cuentas/Pinxten (C-130/19, EU:C:2021:782), apartados 310 y 311 y jurisprudencia citada.

[21] Apartado 177 de la sentencia recurrida. El subrayado es mío.

53. Como declaró el Tribunal General, dicha disposición: i) establece una serie de requisitos que deben cumplirse para que resulte aplicable, entre los que no figura el requisito de que la concentración esté comprendida en el ámbito de aplicación de la normativa nacional en materia de control de las concentraciones;[22] ii) utiliza la expresión amplia «*cualquier* concentración»,[23] y iii) no distingue entre los Estados miembros que han adoptado un régimen nacional de control de las concentraciones y los que no han adoptado.[24] A la luz de lo anterior, el Tribunal General llegó a la conclusión de que, en principio, la interpretación literal del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión respaldaba la interpretación propuesta por la Comisión. No obstante, en la medida en que el tenor de la disposición no permitía llegar a una conclusión definitiva sobre este punto, el Tribunal General consideró oportuno completar el análisis recurriendo a otros métodos de interpretación.[25]

54. Estoy de acuerdo con ambos aspectos.

55. Si se lleva a cabo una lectura *prima facie* del texto de la disposición, cabe defender la interpretación amplia que hace el Tribunal General del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión. En efecto, los elementos enumerados anteriormente pueden interpretarse en el sentido de que todos los Estados miembros pueden remitir cualquier concentración a la Comisión, al margen de que dispongan de un régimen nacional de control de las concentraciones y, de ser así, con independencia de si dicha concentración entra dentro del ámbito de aplicación de tal régimen.

56. Al mismo tiempo, también es cierto que —como declaró el Tribunal General—, el tenor conciso y general de esa disposición no ofrece una respuesta clara a la cuestión interpretativa controvertida en el presente asunto.

57. La Comisión no está de acuerdo a este respecto. Destaca, en particular, el amplio ámbito de aplicación de la disposición que, desde su punto de vista, *da a entender* claramente (o no excluye expresamente) que los Estados miembros que disponen de un régimen nacional de control de las concentraciones también pueden remitir casos que no están comprendidos en sus regímenes. Sin embargo, dar a entender (o no excluir) algo no puede equipararse, a efectos de una interpretación literal de una disposición, a indicarlo expresamente. La cuestión de si la *premissa minus* del razonamiento de la Comisión (que el ámbito de aplicación de la disposición abarca también remisiones como la controvertida en el caso de autos) es la continuación lógica de la *premissa maior* de la Comisión (que el texto de la disposición es amplio) no puede resolverse —como la Comisión desearía que hiciera el Tribunal de Justicia— examinando un solo párrafo del Reglamento de concentraciones de la Unión, en una especie de «aislamiento clínico» del resto de la disposición y, más en general, del resto del Reglamento.

58. De por sí, la afirmación de la Comisión según la cual, cuando el tenor de una disposición resulta suficientemente claro, el Tribunal de Justicia *no debería* recurrir a ningún otro medio de interpretación es desconcertante. Evidentemente, el Tribunal de Justicia es libre de recurrir a todos los métodos de interpretación que considere adecuados en cada situación concreta. Considero que merece la pena insistir en este punto, que reviste una importancia constitucional:

22 Apartados 89, 90 y 92 de la sentencia recurrida.

23 Apartado 91 de la sentencia recurrida (el subrayado es mío). Este es el caso de la mayoría de las versiones lingüísticas del Reglamento, de hecho una minoría de versiones lingüísticas (como la neerlandesa y la sueca) no utilizan la expresión «*cualquier* concentración», sino una expresión que podría traducirse como «*una* concentración».

24 Apartado 93 de la sentencia recurrida.

25 Apartados 94 y 95 de la sentencia recurrida.

cuando las cuestiones controvertidas versan sobre la *interpretación del Derecho*, no son aplicables principios como el de justicia rogada, la carga de la prueba o el grado de la prueba. Una vez más, el principio crucial en este contexto es el principio *iura novit curia*.

59. La alegación de la Comisión también pasa por alto la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia. Como el Tribunal de Justicia señaló muy claramente en la sentencia Cilfit y otros, «*cada disposición* de Derecho [de la Unión] debe ser situada en su contexto e interpretada a la luz del conjunto de las disposiciones de ese Derecho».[26] En efecto, según reiterada jurisprudencia, «para interpretar una disposición del Derecho de la Unión *no solo* debe tenerse en cuenta su tenor literal, *sino también* su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte».[27] Así pues, el Tribunal de Justicia nunca ha dudado en proceder a una interpretación contextual o teleológica de una disposición, aun cuando su tenor sea supuestamente claro, con el fin de confirmar la interpretación literal[28] o, en su caso, apartarse de ella.[29]

60. Después de todo, no hay nada inusual en la importancia que el Tribunal de Justicia ha atribuido sistemáticamente, en particular, a la interpretación contextual y teleológica. En efecto, incluso la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que distingue perfectamente entre la «regla general de interpretación» y los «medios de interpretación complementarios»,[30] incluye todos estos elementos en el primer grupo y establece un vínculo indisoluble entre ellos. Su artículo 31, apartado 1, dispone que «un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los *términos* del tratado en el *contexto* de estos y teniendo en cuenta su *objeto y fin*».[31]

61. Esta es también la razón por la que el énfasis de la Comisión en la expresión «cualquier concentración», utilizada en el artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión, está fuera de lugar. Debe examinarse el tipo de concentraciones contemplado en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión para determinar a qué se refiere exactamente el término «cualquier». A riesgo de afirmar lo obvio, la expresión «cualquier concentración» no puede sino referirse a cualquier concentración que, además de estar contemplada en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión, también y *a fortiori* esté comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones de la Unión. Por lo tanto, se impone un examen contextual de esta disposición.

62. Por la misma razón, sería absurdo proponer al Tribunal de Justicia que *se circunscribiera* al examen del texto de una disposición *cuando* se le hayan comunicado determinados elementos específicos que cuestionan el tenor supuestamente claro de dicha disposición.[32] Este es precisamente el caso del presente procedimiento: como se demostrará más adelante, numerosos elementos apuntan a una interpretación diferente de la disposición controvertida.

26 Sentencia de 6 de octubre de 1982 (283/81, EU:C:1982:335), apartado 20. El subrayado es mío.

27 Véase, entre otras, la sentencia de 6 de octubre de 2020, Jobcenter Krefeld (C-181/19, EU:C:2020:794), apartado 61 y jurisprudencia citada. El subrayado es mío.

28 *Ibidem*, apartados 62 a 66.

29 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 19 de noviembre de 2009, Sturgeon y otros (C-402/07 y C-432/07, EU:C:2009:716), apartados 40 a 69, y de 27 de octubre de 2016, Comisión/Alemania (C-220/15, EU:C:2016:815), apartados 38 a 47.

30 *Recopilación de Tratados de las Naciones Unidas*, vol. 1155, 1969, p. 331. Véanse los artículos 31 y 32, respectivamente.

31 El subrayado es mío.

32 Como ha señalado el Abogado General Wathelet, el Tribunal de Justicia *puede* detenerse en la interpretación literal de la disposición cuando el texto de que se trate es totalmente claro e inequívoco, pero *no es necesario* que se detenga (véanse, a este respecto, las conclusiones presentadas en el asunto Francia/Parlamento, C-73/17, EU:C:2018:386, punto 25 y jurisprudencia citada).

63. De igual modo, considero que la alegación del Órgano de Vigilancia de la AELC, que hace hincapié en la inexistencia, en el artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión, de términos que indiquen que el mecanismo de remisión solo sería aplicable a las concentraciones susceptibles de ser examinadas con arreglo a la normativa nacional en materia de competencia de los Estados miembros, carece de pertinencia. El Órgano de Vigilancia de la AELC subraya, a este respecto, la diferencia entre el texto del artículo 4, apartado 5, del Reglamento de concentraciones de la Unión (que también se refiere a un mecanismo de remisión y contiene estos términos) y el texto del artículo 22, apartado 1, del Reglamento de concentraciones de la Unión. Sin embargo, esta alegación pasa por alto el hecho de que, a diferencia de la primera disposición, la segunda se introdujo inicialmente para luchar contra las concentraciones que pudieran plantear problemas a nivel nacional, cuando el Estado o Estados miembros en cuestión no contaran con un régimen nacional de control de las concentraciones. En consecuencia, el artículo 22, apartado 1, del Reglamento de concentraciones de la Unión no podía contener una expresión como la que figura en el artículo 4, apartado 5, de dicho Reglamento, dado que de este modo quedarían excluidos precisamente los Estados miembros para los que se había establecido dicha disposición. En efecto, el propio Tribunal General se negó, en el apartado 126 de la sentencia recurrida, a establecer cualquier paralelismo entre ambas disposiciones.

64. En cualquier caso, las objeciones de principio de la Comisión no solo son infundadas, sino que también carecen de objeto en el presente asunto, puesto que existen al menos dos elementos textuales suficientes para poner en duda la interpretación literal que, según la Comisión, es tan clara que debería llevar a descartar de plano cualquier otro método de interpretación del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión.

65. En primer lugar, uno de estos elementos es el título de la disposición. El artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión se titula «Remisión a la Comisión». El término correspondiente a «remisión», en la gran mayoría de las versiones lingüísticas,[33] tiene una connotación específica. En efecto, sugiere que la disposición se refiere, en principio, a casos que se encuentran efectiva o potencialmente ante las autoridades nacionales y que posteriormente son *remitidos* (es decir, transferidos, transmitidos, trasladados, asignados, etc.) a la Comisión. Esta interpretación sería conforme con la máxima jurídica *nemo dat quod non habet* (nadie puede dar lo que no lo tiene).

66. En segundo lugar, en virtud del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión, una de las condiciones que deben cumplirse para que la Comisión pueda examinar las concentraciones que no alcancen los umbrales establecidos en su artículo 1 es que la concentración en cuestión «amenace con afectar de forma significativa a la competencia *en el territorio del Estado miembro o de los Estados miembros* que presentan la solicitud».[34] Esta redacción es totalmente razonable si se considera que la disposición controvertida tiene por objeto, desde su introducción en el Reglamento comunitario de concentraciones original, permitir que se analicen las concentraciones que puedan falsear la competencia en un Estado miembro que no disponga de un régimen nacional de control de las concentraciones. Además, esta redacción es conforme con la finalidad de una disposición que, tras sus modificaciones de 1997 y de 2004, también tiene por objeto —como se expondrá más adelante— reforzar el carácter de ventanilla única del régimen de control de las concentraciones de la Unión evitando, en la medida de lo posible, que se presenten múltiples notificaciones nacionales.

33 Véanse, entre otros, los términos «postoupení» (checo), «Verweisung» (alemán), «παραπομπή» (griego), «referral» (inglés), «renvoi» (francés), «áttétel» (húngaro), «rinvio» (italiano), «remessa» (portugués) y «napotitev» (esloveno).

34 El subrayado es mío.

67. En cambio, el tenor de la disposición resulta menos evidente si dicha disposición se interpreta, como declaró el Tribunal General, en el sentido de que constituye un «"*mecanismo corrector*" [para] permitir un control de las concentraciones que puedan obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva *en el mercado interior*».[35] De ser así, ¿por qué el legislador de la Unión solo se refirió a las restricciones de la competencia que se produzcan en el ámbito de los Estados miembros? ¿No debería referirse la disposición, de manera más general o con carácter adicional, a las restricciones de la competencia en el *mercado interior*? Más fundamentalmente, ¿por qué necesitaría en realidad la Comisión una remisión por parte de la autoridad de un Estado miembro, si el problema de competencia se plantea en el ámbito de la Unión?

68. Parece que los elementos textuales antes mencionados pueden arrojar algunas dudas sobre la interpretación, supuestamente sencilla, de la disposición propuesta por la Comisión.

69. Por consiguiente, como ocurre generalmente con las disposiciones jurídicas que son en cierta medida poco claras o, al menos, incompletas por sí mismas (lo cual, en mi opinión, también sucede con la disposición controvertida en el caso de autos: un solo párrafo de un artículo de un reglamento), el antiguo adagio inglés «bare reading is bare feeding» (una lectura superficial limita la reflexión) parece bastante pertinente. En consecuencia, para determinar el significado y el ámbito de aplicación exactos del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión, es necesario, en efecto, como declaró acertadamente el Tribunal General, recurrir también a los demás métodos de interpretación empleados por el Tribunal de Justicia.

2) Interpretación histórica del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión

70. En los apartados 96 a 117 de la sentencia recurrida, tras examinar una serie de documentos relativos a los antecedentes del Reglamento de concentraciones de la Unión, el Tribunal General llegó a la conclusión de que «la interpretación histórica parece confirmar que el artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del [Reglamento de concentraciones de la Unión] permite a un Estado miembro, con independencia del alcance de su normativa nacional en materia de control de las concentraciones, remitir a la Comisión concentraciones que no alcanzan los umbrales de volumen de negocio previstos en el artículo 1 de dicho Reglamento, pero que pueden tener efectos transfronterizos significativos».

71. No comparto tal apreciación. En particular, tengo cuatro reservas principales a este respecto: i) los documentos a que se refiere la sentencia recurrida tienen determinados límites intrínsecos a efectos de aclarar la intención del legislador de la Unión; ii) los pasajes citados de esos documentos no respaldan las apreciaciones del Tribunal General; iii) cuando esos documentos se leen en su totalidad, contradicen en realidad tales apreciaciones, y iv) el Tribunal General no tuvo en cuenta otros numerosos documentos, incluidos los trabajos preparatorios pertinentes, que apoyan la interpretación formulada por las recurrentes.

[35] Apartado 142 de la sentencia recurrida (el subrayado es mío). Véanse también los apartados 141, 165, 177 y 182 de dicha sentencia.

i) Límites de la apreciación histórica del Tribunal General (I)

72. En primer lugar, como señala acertadamente Grail, existen dos importantes limitaciones que son *intrínsecas* al tipo de documentos a los que se refiere la sentencia recurrida como fundamento de la conclusión que de ellos se extrae. Todos estos documentos (el Libro Verde de 1996, [36] el Libro Verde de 2001, [37] la propuesta de la Comisión de 2003, [38] y el documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 2009) [39] fueron *elaborados* por la Comisión y son *posteriores* a la adopción del Reglamento comunitario de concentraciones. En mi opinión, el enfoque del Tribunal General resulta particularmente sorprendente en el presente asunto.

73. En la vista se preguntó a la Comisión si el supuesto amplio ámbito de aplicación del (actual) artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión i) ya existía en el Reglamento comunitario de concentraciones original adoptado en 1989; ii) se añadió con motivo de la modificación de esta disposición en 1997, o iii) se introdujo en el momento de la adopción del nuevo Reglamento de concentraciones de la Unión en 2004. La Comisión respondió, sin vacilar, que dicho amplio ámbito de aplicación existía desde el principio: es decir, en el artículo 22, apartado 4, del Reglamento comunitario de concentraciones, tal como fue adoptado en 1989. El Órgano de Vigilancia de la AELC adoptó el mismo punto de vista. [40]

74. De ser así, me parece que, para llevar a cabo una apreciación histórica del significado y del ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión, los documentos posteriores a la adopción de dicho Reglamento en 1989 revisten menor importancia que los anteriores a la adopción de dicho Reglamento. No creo que sea necesario explicar por qué los documentos *preparatorios* (entendidos como los documentos utilizados durante la elaboración de una disposición determinada) son, por lo general, más significativos que los documentos *ex post facto* para demostrar la intención del legislador.

75. A este respecto, considero asimismo que la sentencia recurrida es contradictoria. En el apartado 115 de dicha sentencia, el Tribunal General se negó, por principio, a examinar cinco documentos, elaborados por la Comisión y mencionados en las observaciones de las recurrentes, que supuestamente demostraban que, hasta recientemente, la propia Comisión no había interpretado el artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión de la manera que se propone en el presente procedimiento.

76. Si el ámbito de aplicación amplio de esta disposición existía desde la adopción del Reglamento comunitario de concentraciones en 1989, ¿por qué el Tribunal General tuvo en cuenta varios documentos que fueron redactados después de 1989, pero no los mencionados por las

36 Libro Verde de la Comisión, de 31 de enero de 1996, sobre la revisión del Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración [COM(96) 19 final] (en lo sucesivo, «Libro Verde de 1996»), citado en los apartados 97 y 98 de la sentencia recurrida.

37 Libro Verde de la Comisión, de 11 de diciembre de 2001, sobre la revisión del Reglamento (CEE) n.º 4064/89 del Consejo [COM(2001) 745 final]] (en lo sucesivo, «Libro Verde de 2001»), citado en los apartados 97, 99, 101 y 103 de la sentencia recurrida.

38 Propuesta de la Comisión de Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (Reglamento comunitario de concentraciones) (DO 2003, C 20, p. 4; en lo sucesivo, «propuesta de la Comisión de 2003»), citado en los apartados 97 y 106 a 113 de la sentencia recurrida.

39 Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña al documento Comunicación de la Comisión al Consejo — Informe sobre el funcionamiento del Reglamento n.º 139/2004 de 30 de junio de 2009 [SEC(2009) 808 final/2] (en lo sucesivo, «documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 2009»), citado en los apartados 97 y 115 de la sentencia recurrida.

40 Lamentablemente, el Tribunal General no se pronunció expresamente sobre este punto y tal posición tampoco puede deducirse del examen de la motivación de la sentencia recurrida. En efecto, el Tribunal General se refirió indistintamente a elementos presentes en el Reglamento comunitario de concentraciones original y a elementos añadidos posteriormente, por el Reglamento de 1997 o por el Reglamento de concentraciones de la Unión.

recurrentes? Por el contrario, si el ámbito de aplicación de la disposición se amplió a raíz de la adopción del Reglamento de concentraciones de la Unión en 2004, ¿por qué el Tribunal General no citó ningún documento del proceso legislativo que condujo a la adopción de dicho Reglamento, y especialmente los que emanan de la institución que actuó como único legislador, es decir, el Consejo? Esto me lleva a mi siguiente punto.

77. De hecho, resulta bastante sorprendente que, para confirmar la interpretación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión defendida por la Comisión, el Tribunal General solo se basara en documentos elaborados por la propia Comisión, sin citar ninguno del Consejo.

78. Ciertamente, puedo estar de acuerdo en que un documento oficial en el que se expone el punto de vista de la Comisión sobre el significado y el ámbito de aplicación de una determinada disposición de un reglamento o directiva tiene cierto peso, especialmente cuando dicha disposición se incluyó en la propuesta original y no fue objeto de debate o de modificaciones importantes durante el proceso legislativo. Sin embargo, el punto de vista de la Comisión no puede considerarse determinante para la interpretación que el Tribunal de Justicia haga de la disposición. Ello es tanto más cierto cuando la disposición ha sido añadida por el Consejo en una fase relativamente tardía del proceso legislativo, tras largos debates, como es el caso del (actual) artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión.

79. En este contexto, me parece problemático que ninguno de los documentos mencionados en los apartados 96 a 117 de la sentencia recurrida haya sido elaborado por el Consejo o sea anterior a la adopción del Reglamento comunitario de concentraciones, en 1989.

ii) Límites de la apreciación histórica del Tribunal General (II)

80. En segundo lugar, los documentos históricos en los que se basó el Tribunal General no respaldan realmente la conclusión que de ellos se extrae, por dos razones: i) los pasajes a los que se hace referencia en la sentencia recurrida carecen de pertinencia a efectos del presente litigio, y ii) otros pasajes más pertinentes de los mismos documentos fueron ignorados o bien se minimizó indebidamente su importancia.

81. El Tribunal General comenzó su apreciación histórica de la disposición indicando que «dicho mecanismo de remisión fue consecuencia de un deseo del Reino de los Países Bajos, que no disponía de un régimen de [control de las concentraciones] en ese momento, de que la Comisión examinase las concentraciones que afectaban negativamente a su territorio, siempre que estas concentraciones afectasen asimismo al comercio entre Estados miembros, y este es el motivo por el que este mecanismo fue denominado "cláusula neerlandesa"».[41] A continuación, se refirió a una serie de documentos pertinentes, de los que se desprende que: i) el mecanismo de remisión se considera en general un instrumento de utilidad, especialmente para aquellos Estados miembros que no poseen en la actualidad un régimen de control de las operaciones de concentración, pero su uso no les estaba en modo alguno reservado;[42] ii) dicho mecanismo está dirigido a permitir a los Estados miembros solicitar a la Comisión que examine una concentración que tenga un efecto transfronterizo en una situación en la que no se alcancen los umbrales previstos en el artículo 1 de dicho Reglamento;[43] iii) los objetivos de dicho mecanismo fueron ampliados

41 Apartado 97 de la sentencia recurrida.

42 Apartado 98 de la sentencia recurrida.

43 Apartado 102 de la sentencia recurrida.

sucesivamente con el tiempo, con el fin de permitir solicitudes de remisión conjuntas que eviten que se presenten una multiplicidad de notificaciones nacionales, sin poner en tela de juicio su objetivo original,[44] y iv) las modificaciones de la disposición demostraron que la Comisión dio preferencia a un recurso más frecuente a los mecanismos de remisión.[45]

82. Todas estas afirmaciones del Tribunal General son, en mi opinión, correctas desde el punto de vista fáctico. Es una perogrullada afirmar que el artículo 22, apartado 1, del Reglamento de concentraciones de la Unión se aplica a las concentraciones con efectos transfronterizos que no alcanzan los umbrales establecidos en el artículo 1 de este Reglamento. Además, ni siquiera se discute que el mecanismo de remisión establecido en el artículo 22, apartado 1, del Reglamento de concentraciones de la Unión puede ser utilizado tanto por los Estados miembros que *no disponen* de un régimen de control de las concentraciones como por los que *sí* cuentan con él. Por último, tampoco cabe duda de que el mecanismo de remisión ha sido modificado con el tiempo para ampliar sus objetivos y permitir un uso más frecuente de este.

83. Sin embargo, ningún elemento de estas apreciaciones arroja luz, directa o indirectamente, sobre la cuestión que constituye el núcleo del presente motivo de casación: si el artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión permite a los Estados miembros que *disponen* de un régimen nacional de control de las operaciones de concentración remitir asuntos que *no están comprendidos* en el ámbito de aplicación de dicho régimen.

84. Por lo tanto, no solo los documentos mencionados en la sentencia recurrida tienen un valor persuasivo relativo, sino que, tras un examen más profundo, las partes de dichos documentos que se citan no respaldan en absoluto la conclusión final que de ellos se extrae en el apartado 116 de dicha sentencia. Por consiguiente, las apreciaciones del Tribunal General son absolutamente irrelevantes.

iii) Límites de la apreciación histórica del Tribunal General (III)

85. En tercer lugar, leídos en su totalidad, los mismos documentos citados en la sentencia recurrida parecen contradecir las apreciaciones del Tribunal General y, por lo tanto, corroborar la interpretación propuesta por las recurrentes. Debe subrayarse la importancia de este punto. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que los documentos invocados por el Tribunal General deben interpretarse en su totalidad para apreciar correctamente su fuerza probatoria. Efectuar extrapolaciones a partir de uno o varios pasajes específicos de un documento y posteriormente extraer conclusiones de ellos que son incompatibles con el contenido real del documento leído en su conjunto constituye un error de Derecho.[46]

86. Estos principios son, a mi juicio, pertinentes en este contexto.

87. Para empezar, me parece sorprendente que el apartado 99 de la sentencia recurrida minimice la importancia del pasaje del Libro Verde de 2001, al indicar que —teniendo en cuenta que, en la fecha de adopción del Libro Verde, solo el Gran Ducado de Luxemburgo no disponía de un régimen de control de las concentraciones— «en la práctica, […] el posible margen de aplicación

44 En particular, en 1997, cuando se modificó la disposición. Véase el apartado 103 de la sentencia recurrida.

45 Apartado 109 de la sentencia recurrida.

46 Véanse, en particular, las sentencias de 18 de julio de 2007, Industrias Químicas del Vallés/Comisión (C-326/05 P, EU:C:2007:443), apartados 60 a 68, y de 30 de mayo de 2017, Safa Nicu Sepahan/Consejo (C-45/15 P, EU:C:2017:402), apartado 76.

del apartado 3 del artículo 22 en su redacción original e[ra] muy limitado».[47] En efecto, este pasaje implica, como señaló acertadamente el Tribunal General, que la utilización del artículo 22, apartado 3, del Reglamento comunitario de concentraciones no quedaba excluida para los Estados miembros distintos de Luxemburgo.[48] Pues bien, una vez más, no es esta la cuestión controvertida en el presente asunto. En efecto, este pasaje da a entender que, debido a los límites a la utilización del mecanismo de remisión por parte de los Estados miembros que cuentan con un régimen de control de las concentraciones, el uso práctico del mecanismo de remisión se había reducido con el tiempo. Mientras tanto, la mayoría de los Estados miembros habían adoptado un régimen nacional de control de las concentraciones y, en consecuencia, tenían un interés más limitado en remitir un caso a la Comisión y menos posibilidades de hacerlo.

88. Así leído, el pasaje en cuestión encaja perfectamente con los extractos de los documentos citados en los apartados anteriores de la sentencia recurrida y respalda la posición de las recurrentes: el mecanismo de remisión fue concebido, y considerado «particularmente» útil, para los Estados miembros que no disponían de un régimen de control de las concentraciones. Si los Estados miembros que contaban con un régimen de control de las concentraciones hubieran podido remitir *cualquier* concentración, con independencia de que estuvieran o no comprendidas en sus regímenes, el uso y la conveniencia del mecanismo para esos Estados miembros no se habrían visto muy afectados por la adopción de un régimen nacional, y el mecanismo ciertamente no se habría visto «limitado».

89. Además, en la sentencia recurrida no se mencionaron otros pasajes muy claros y significativos de los documentos citados por el Tribunal General.

90. Por ejemplo, al examinar los límites del marco normativo a la sazón vigente y las opciones disponibles para modificarlo con el fin de incluir más concentraciones con efectos transfronterizos, el Libro Verde de 1996 no menciona la supuesta posibilidad de remitir a la Comisión el examen de las concentraciones que escapen a los regímenes nacionales de control de estas en virtud del artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones. En efecto, se hace referencia a esta disposición como una disposición que tan solo versa sobre «*el reparto de casos* entre la Comisión y los Estados miembros». El Libro Verde de 1996 llega incluso a afirmar que, «por debajo de los umbrales establecidos [en el Reglamento comunitario de concentraciones], las operaciones de concentración solo están sujetas al control nacional, *en caso de que exista*».[49]

91. A continuación, el Libro Verde de 2001 es aún más claro en contradecir la interpretación del Tribunal General del artículo 22, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión. En primer lugar, el documento indica que sus objetivos («consolidar la aplicación del Derecho comunitario de competencia en asuntos con efectos transfronterizos, consolidar el principio de autoridad única y aliviar el problema de la pluralidad de notificaciones») debían alcanzarse garantizando que los asuntos que dieran lugar a *notificaciones múltiples* a nivel nacional pudieran ser tramitados por la Comisión.[50] No es necesario señalar que los casos que dan lugar a *notificaciones múltiples* no son los que se sitúan por debajo de los umbrales nacionales. De hecho, este documento se refería ampliamente a remisiones de casos que están

47 Apartado 99 de la sentencia recurrida.

48 Esto sigue siendo correcto en el momento de la redacción de las presentes conclusiones. Sin embargo, entiendo que la situación puede cambiar en un futuro próximo, ya que el Gobierno luxemburgués presentó, en agosto de 2023, un proyecto de ley por el que se establece un régimen nacional de control de las concentraciones en el país.

49 Apartados 9 y 10 del Libro Verde de 1996 (el subrayado es mío).

50 Apartado 86 del Libro Verde de 2001, mencionado en el apartado 103 de la sentencia recurrida.

sujetos de notificaciones obligatorias o voluntarias a nivel nacional,[51] si bien no hay ningún indicio de que el mecanismo de remisión pueda utilizarse también para las concentraciones que no son notificables a nivel nacional.[52]

92. En segundo lugar, el Libro Verde de 2001 indicaba que una de las razones por las que el mecanismo de remisión previsto en el artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones estaba infrautilizado consistía en las «diferencias técnicas subsistentes entre los procedimientos nacionales de control de las operaciones de concentración, especialmente las referentes al *hecho que da lugar a la notificación*, y las normas referentes a los plazos de notificación».[53] Es evidente que tal consideración no habría sido pertinente si el artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones permitiera a los Estados miembros remitir las concentraciones a la Comisión con independencia de que se diera lugar a la notificación a nivel nacional.[54] Del mismo modo, si el Tribunal General tuviera razón, serían inexplicables las afirmaciones contenidas en el Libro Verde de 2001 según las cuales la posibilidad de incrementar la operatividad de las remisiones conjuntas en virtud del artículo 22, apartado 3, del Reglamento comunitario de concentraciones sería difícil de materializar, ya que estaría supeditada a conseguir «un grado suficiente de armonización de leyes nacionales».[55]

93. Por lo que se refiere a la propuesta de la Comisión de 2003, su apartado 21 tiene el siguiente tenor: «uno de los objetivos iniciales del artículo 22 [del Reglamento comunitario de concentraciones] era ofrecer la posibilidad de que los Estados miembros que no dispusieran de legislación nacional sobre concentraciones remitieran a la Comisión los casos que tuvieran repercusiones sobre los intercambios entre Estados miembros; a día de hoy, solo Luxemburgo entra en esta categoría. *No obstante, no se debería excluir completamente* la posibilidad de que un Estado miembro remita en solitario un asunto a la Comisión».[56] Esto da a entender que el recurso unilateral de los Estados miembros al mecanismo de remisión, aunque era posible, se consideraba poco probable. Sin duda, si el artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones hubiera permitido a los Estados miembros que disponían de un régimen de control de las concentraciones remitir también casos que no podían examinar, el uso del mecanismo de remisión no podría haberse considerado improbable.

94. Además, los apartados 22 a 25 de dicha propuesta también indicaban que el principal punto débil de las disposiciones relativas a la remisión (los artículos 9 y 22 del Reglamento comunitario de concentraciones) radica en el hecho de que *tan solo podían aplicarse* después de que una concentración hubiera sido notificada a la Comisión o a las ANC, según los casos. Asimismo, el apartado 28 de dicho documento deja muy claro que la posibilidad de que la Comisión invitara a los Estados miembros a presentar una solicitud de remisión se limitaba a aquellos casos que ya habían sido notificados.

51 Con las notificaciones «voluntarias», se refería a las presentadas ante la autoridad de defensa de la competencia del Reino Unido, puesto que el Reino Unido (que en aquel momento era un Estado miembro de la Unión) gestiona un régimen de control de las concentraciones que, a diferencia de los regímenes tanto de la Unión como de los demás Estados miembros, no se basa en notificaciones obligatorias, sino en notificaciones voluntarias.

52 Véanse, en particular, la página 4 («Resumen»), y los apartados 72 a 88 del Libro Verde de 2001.

53 Apartado 53 (el subrayado es mío).

54 Este punto se ve reforzado por la mención, en el Libro Verde de 2001, a la inexistencia de una definición de la expresión «comunicar una operación de concentración a un Estado miembro», si bien «parece lógico utilizar la fecha en que se realiza la notificación nacional como fecha de referencia en los Estados miembros en los que es obligatorio presentar una notificación». Una vez más, la Comisión se refiere claramente a asuntos que se han puesto en conocimiento de las autoridades nacionales porque están sujetos a sus regímenes nacionales de control de las concentraciones.

55 Véanse, en particular, los apartados 93, 95 y 99 del Libro Verde de 2001.

56 El subrayado es mío.

95. Por último, el apartado 133 del documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 2009 indica claramente que: i) lejos de ser un problema tan simple como afirma la Comisión, la cuestión de si los Estados miembros que disponen de un régimen de control de las concentraciones deberían estar autorizados a recurrir al artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión para las concentraciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de tales regímenes era controvertida, aunque el tenor no pareciera excluirlo, y la mayoría de los Estados miembros que se pronunciaron sobre esta cuestión se inclinaron por una respuesta negativa;[57] ii) algunas de las partes interesadas consultadas (entre ellas, las ANC) llegaron incluso a preguntarse si debería seguir existiendo una disposición como el artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión, dado que el hecho de permitir que «un Estado miembro sin competencia [pudiera] efectuar una remisión o sumarse a una solicitud de remisión con arreglo al artículo 22» creaba problemas de previsibilidad, seguridad jurídica y duración excesiva del procedimiento, y iii) la razón primigenia que subyace a la existencia del artículo 22 había devenido prácticamente obsoleta, si bien dicha disposición seguía sirviendo un objetivo, a saber, «cuando un Estado miembro, tras un período de examen de una operación, considera que la Comisión estaría en *mejores condiciones de examinarla*».[58]

96. Así pues, concluyo que los documentos invocados en los apartados 96 a 117 de la sentencia recurrida no solo no apoyan la conclusión que el Tribunal General extrajo de ellos, sino que, leídos en su totalidad, contradicen en realidad dicha conclusión.

iv) Límites de la apreciación histórica del Tribunal General (IV)

97. En cuarto lugar, el error cometido por el Tribunal General al concluir que la interpretación histórica del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión respalda su amplio ámbito de aplicación resulta aún más evidente si se examinan otros documentos pertinentes — entre ellos, en particular, algunos trabajos preparatorios, incluidos los elaborados por el Consejo—.

98. Los documentos preparatorios muestran de manera bastante clara que, durante los debates y negociaciones que condujeron a la adopción del Reglamento comunitario de concentraciones por el Consejo en 1989, algunos de los temas más polémicos se referían a la definición del ámbito de aplicación material del Reglamento y a su articulación con otras normas (comunitarias y nacionales) que podían ser igualmente aplicables a las operaciones notificadas en virtud de dicho Reglamento. En particular, se suscitaron dos cuestiones: ¿la aplicación del Reglamento comunitario de concentraciones era exclusiva o los Estados miembros también podrían examinar paralelamente las concentraciones notificadas? ¿La aplicación del Reglamento comunitario de concentraciones excluiría *a priori* la aplicación de los entonces artículos 85 CEE y 86 CEE a la misma operación?[59]

[57] Véase el apartado 138 del documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 2009: «sobre la cuestión de si un Estado miembro debe poder o no efectuar una remisión o sumarse a una solicitud de remisión *sin ser competente en el asunto*, cinco consideraron que procedía autorizarlo, mientras que nueve consideraron que no. Esto plantea la cuestión de si un Estado miembro debe o no poder remitir un asunto cuando su competencia no se haya activado, pero cuando la actividad de las partes tenga efectos en dicho Estado miembro» (el subrayado es mío).

[58] Véanse los apartados 133, 140 a 142 y 144 del documento de trabajo de los servicios de la Comisión de 2009 (el subrayado es mío). Véase, en el mismo sentido, el apartado 86 del Libro Verde de 2001.

[59] Véase, en particular, los informes del Consejo de 7 de noviembre de 1988 (9114/88), de 10 de noviembre de 1988 (9265/88) y de 8 de diciembre de 1988 (10054/88).

99. A este respecto, finalmente se alcanzó un acuerdo en el seno del Consejo, según el cual la competencia de la Comisión en virtud del Reglamento comunitario de concentraciones debía ser exclusiva y, en cambio, las concentraciones que no alcanzaran los umbrales previstos en el Reglamento comunitario de concentraciones debían ser examinadas únicamente por las autoridades nacionales.[60] Además, mientras que no era posible excluir la aplicación de los artículos 85 CEE y 86 CEE (Derecho primario) a las operaciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento, sí era posible, en cambio, limitar la aplicación de la normativa de desarrollo de dichas disposiciones a tales operaciones.[61] Esto dio lugar a que se añadieran dos apartados al artículo 22 de la propuesta de la Comisión.[62]

100. El acuerdo alcanzado en el seno del Consejo planteaba un problema en relación con los diversos Estados miembros que, en aquel momento, no disponían de un régimen nacional de control de las concentraciones (en particular, Bélgica, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos): ¿quién examinaría las concentraciones que se situaran por debajo de los umbrales del Reglamento comunitario de concentraciones, pero que tuvieran repercusiones en su mercado nacional? Por ello, se introdujo la «cláusula neerlandesa», que permitía a la Comisión «ponerse en el lugar» de las autoridades nacionales y actuar en su nombre, con carácter excepcional, cuando no existiera normativa en materia de control de las concentraciones o cuando esas autoridades, debido a su relativa inexperiencia o la limitación de sus recursos, consideraran que la Comisión era una autoridad «mejor situada» para examinar una concentración que se les había notificado.

101. En efecto, tanto el Consejo como la Comisión consideraron que podía «presumirse razonablemente» que las concentraciones situadas por debajo de los umbrales del Reglamento comunitario de concentraciones tenían, por lo general, un impacto insuficiente en el comercio para justificar un examen a escala de la Unión.[63] El Consejo y la Comisión eran conscientes de que los umbrales del Reglamento comunitario de concentraciones podían basarse en diversos valores y que estos valores podían establecerse en importes distintos (cualquier importe sería necesariamente un valor indicativo).[64] Por lo tanto, estaba meridianamente claro para todas las partes en el proceso legislativo, incluido el comisario de Competencia de la época,[65] que, independientemente del tipo y del importe de los umbrales elegidos, algunas concentraciones que podían afectar al mercado común escaparían, en cualquier caso, a un control *ex ante* de la

60 Proyecto de acta de la 1 339.ª sesión del Consejo, de 18 de julio de 1989 (8016/89 PV/ CONS 47), p. 2.

61 En primer lugar, Reglamento n.º 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos [85 CEE y 86 CEE] (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

62 Propuesta modificada de la Comisión de Reglamento (CEE) del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas [COM(88) 97 final] (DO 1988, C 130, p. 4). El artículo 22 de dicha propuesta, titulado «Aplicación exclusiva del presente Reglamento», tiene el siguiente tenor: «Los Reglamentos (CEE) n.ºs 17, 1017/68, 4056/86 y 3975/87 no se aplicarán a las concentraciones que entren en el ámbito de aplicación del presente Reglamento».

63 Véase Consejo, *Note de la Présidence au Conseil*, 7 de abril de 1989 [5857/89 (RC 9)], anexo, p. 4; informes de 12 de abril de 1989 (6267/89, RC 12); proyecto de acta de la 1 339.ª sesión del Consejo de 18 de julio de 1989 (8016/89 PV/ CONS 47), p. 13, e informes de 9 de noviembre de 1989 [9672/89 (RC 41)], p. 3. Véase también la carta de Sir Leon Brittan al Consejo [SG (89) D/5429], de 24 de abril de 1989, p. 2.

64 Véanse el Informe de la Comisión al Consejo relativo a la aplicación del Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración, de 28 de julio de 1993 [COM(93) 385 final, p. 14] (en lo sucesivo, «Informe de 1993»), y Comisión, Nota de G. Drauz al Servicio Jurídico (COMP/HT.60), Grupo de Trabajo del Consejo, de 6 de junio de 2003 (11430), apartado 4.

65 Véase Sir Leon Brittan, *Competition Policy and Merger Control in the Single European Market*, Grotius, 1991, pp. 33 y 49. De igual modo, Jones, C., «Procedures and Enforcement under EEC Merger Regulation», en Hawk, B. (ed.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1990, p. 476.

Comisión en el marco del Reglamento comunitario de concentraciones.[66] Sin embargo, se consideró inevitable por una serie de razones, en particular, para mantener la carga de trabajo de la Comisión en niveles razonables,[67] garantizar la seguridad jurídica de las partes de la concentración[68] y establecer un reparto equilibrado y claro de las competencias entre la Comisión y las autoridades nacionales.[69] En cualquier caso, estaba claro que los entonces los artículos 85 CEE y 86 CEE permitían una intervención *ex post* en todas las concentraciones que no alcanzaran los umbrales.[70]

102. De hecho, entre la gran cantidad de trabajos preparatorios relativos a la versión inicial del Reglamento comunitario de concentraciones presentados por las partes, ni un solo documento se refiere al mecanismo de remisión previsto en el artículo 22, apartados 3 a 5, del Reglamento comunitario de concentraciones como un mecanismo que tenga el objetivo «corrector» mencionado por el Tribunal General. Para confirmarlo, en la vista se preguntó a la Comisión si podía mencionar un documento de este tipo, pero no pudo hacerlo. No es sorprendente, en mi opinión, ya que muchos de los debates que se mantuvieron en el seno del Consejo sobre la redacción exacta de esta disposición, como se refleja en los trabajos preparatorios, resultarían incomprensibles si las concentraciones situadas por debajo de los umbrales nacionales pudieran seguir siendo examinadas en virtud del mecanismo de remisión.

103. Lo mismo se aplica, *mutatis mutandis*, a las modificaciones del Reglamento comunitario de concentraciones de 1997. Como se ha indicado en el apartado 82 anterior, es cierto que el legislador de la Unión pretendió ampliar el ámbito de aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones. Sin embargo, no hay rastro alguno en los trabajos preparatorios relativos a la revisión del Reglamento de que las modificaciones persiguieran el objetivo de colmar lagunas que sugiere el Tribunal General. Por el contrario, la propia finalidad de reforzar el sistema de ventanilla única evitando las notificaciones múltiples va en contra de la interpretación del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión que adoptó el Tribunal General.

104. En efecto, me parece intrínsecamente paradójico que el Tribunal General haga referencia a un documento en el que se explica que la razón de ser de la modificación de 1997 del artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones era evitar las notificaciones *múltiples* con el fin de confirmar una interpretación de esta disposición que —como se explicará más adelante—[71] incitará *de facto* a las empresas que, con arreglo a la legislación de la Unión y nacional en materia de control de las concentraciones, no están en absoluto obligadas a efectuar notificaciones, a efectuarlas de todos modos (potencialmente, hasta treinta)[72] únicamente por precaución.

66 Véase Comisión, Informe de 1993, p. 7. Véase también la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la revisión del Reglamento sobre el control de las operaciones de concentración [COM (96) 313 final], p. 5. Véase también Levy, N., Rimsa, A., y Buzatu, B., «The jurisdictional reach of EC merger control: Striking the right balance», en Kokkoris, I., y Levy, N., *Research Handbook on Global Merger Control*, Edward Elgar Publishing, 2023, p. 219: «Ningún sistema eficaz de control de las concentraciones puede abarcar todas las operaciones que puedan afectar a la competencia en una jurisdicción determinada».

67 Véase Consejo, Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations), 8 de marzo de 1989 (5770/89 RC 8) p. 4. Véase también la carta de Sir Leon Brittan al Consejo, 30 de marzo de 1989 [SG (89) D/4008], p. 2.

68 Véanse Consejo, Informe al Comité de Representantes Permanentes, 9 de diciembre de 1988 (10189/89 RC 36), p. 8, y avis du service juridique, 11 de julio de 1989 (7896/89 JUR 98 RC 24), p. 10. Véase también Comisión, *Informe de 1993*, p. 14.

69 Véase Sir Leon Brittan, citado en la nota 65, *op. cit.*, pp. 39, 48 y 53.

70 Véase Consejo, avis du service juridique, 11 de julio de 1989 (7896/89 JUR 98 RC 24), p. 4.

71 Véanse los puntos 201 y 208 de las presentes conclusiones.

72 Este número refleja todos los Estados miembros de la Unión (a excepción de Luxemburgo) y los Estados EEE/AELC (Islandia y Noruega) que disponen actualmente de un régimen nacional de control de las concentraciones.

105. Además, los documentos históricos relativos a la adopción, en 2004, del Reglamento de concentraciones de la Unión no respaldan las apreciaciones del Tribunal General sobre la intención del legislador de la Unión de utilizar el mecanismo de remisión previsto en el artículo 22 para subsanar las supuestas deficiencias derivadas de la rigidez de los umbrales establecidos en el artículo 1 del Reglamento.[73] La idea que subyace a las modificaciones introducidas en las disposiciones del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión perseguía el objetivo de reforzar la función de ventanilla única del mecanismo de remisión, que evita la necesidad de que las partes de la concentración presenten múltiples notificaciones. El propio tenor de las modificaciones lo pone de manifiesto con bastante claridad.[74]

106. Por último, algunos documentos redactados por la Comisión tras la adopción del Reglamento de concentraciones de la Unión aportan también algunas indicaciones útiles. Como se ha indicado anteriormente, su valor interpretativo solo puede ser relativo. No obstante, en la medida en que el propio Tribunal General se basó *únicamente* en documentos de la Comisión posteriores a la adopción del Reglamento comunitario de concentraciones, estos documentos adicionales permiten obtener una visión más completa, pues ofrecen indicaciones interesantes para la interpretación histórica del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión efectuada por la Comisión.

107. En particular, en la Comunicación de la Comisión sobre la remisión de asuntos de concentraciones de 2005,[75] publicada a raíz de la adopción del Reglamento de concentraciones de la Unión, las remisiones en virtud del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión se denominan sistemáticamente remisiones «posteriores a la notificación».[76] El uso de esta expresión es difícilmente conciliable con la afirmación, reiteradamente realizada por la Comisión, de que *siempre* ha interpretado esta disposición en el sentido de que permite a los Estados miembros remitir casos que no alcanzan los umbrales establecidos en el Derecho nacional. Si se acogieran las alegaciones de la Comisión, sería extraño que el mismo documento no aludiera en absoluto, al enumerar «las categorías de asuntos que, en principio, son más apropiados para ser remitidos a la Comisión en virtud del artículo 22», a las concentraciones que suscitan graves problemas de competencia sin estar sujetas a ningún régimen de control de las concentraciones en la Unión.[77] Sin duda, esta situación debería haber figurado en el primer puesto de la lista.

108. Del mismo modo, en su Libro Blanco de 2014, titulado «Hacia un control más eficaz de las concentraciones de empresas en la [Unión]», la Comisión propuso, en particular, «hacer que el sistema de remisión de los asuntos sea más eficaz y efectivo […] modificando el artículo 22, de manera que se incremente la utilización del principio de ventanilla única».[78] Resulta interesante que las modificaciones propuestas del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión indicaban expresamente que solo los Estados miembros «competentes para evaluar una operación con arreglo a su legislación nacional» podían solicitar la remisión a la Comisión u oponerse a ella.[79] Es legítimo dudar de que, con dichas propuestas, la Comisión pretendiera restringir el ámbito de aplicación del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión, dado que

73 Por el contrario, la finalidad de la adopción del Reglamento de concentraciones de la Unión era mejorar los puntos fuertes del Reglamento comunitario de concentraciones. Véase Comisión, Nota de G. Drauz al Servicio Jurídico (COMP/HT.60), Grupo de Trabajo del Consejo, de 6 de junio de 2003 (11430), p. 7, y la propuesta de la Comisión de 2003, p. 10.

74 Véanse las notas 5 y 6 de las presentes conclusiones.

75 DO 2005, C 56, p. 2.

76 Véanse, en particular, los apartados 33, 45, 47 y 50 de la Comunicación.

77 Véase el apartado 45 de la Comunicación.

78 Apartados 2 y 79 del Libro Blanco de 2014.

79 Apartados 69 y 70 del Libro Blanco de 2014.

iría tanto contra el objetivo general de dotar de mayor eficacia y eficiencia al régimen de control de las concentraciones como contra el objetivo más específico de mejorar los mecanismos de remisión, «tanto antes como después de la notificación». [80] De paso, he de observar que, también en este documento, la Comisión volvió a referirse al mecanismo del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión como una remisión «posterior a la notificación». [81]

109. Por último, también parece de interés la Hoja de ruta de 2016 de la Comisión sobre la evaluación de los aspectos procesales y jurisdiccionales del control de las concentraciones de la Unión. En dicho documento, la Comisión analiza la posibilidad de completar los umbrales de competencia existentes basados en el volumen de negocios con otros basados en criterios alternativos y la necesidad de racionalizar el sistema de remisión. A mi juicio, difícilmente pueden existir dos temas más estrechamente relacionados con la cuestión controvertida en el caso de autos. Por lo tanto, es bastante llamativo que, en ese documento, no se haga mención alguna al ámbito de aplicación supuestamente amplio del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión. Por lo demás, el documento también se refiere al sistema de remisión en el sentido de que versa sobre la «correcta asignación de asuntos» y a la remisión de los Estados miembros a la Comisión como mecanismo «posterior a la notificación». [82]

110. Mi conclusión provisional es que la interpretación histórica del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión respalda inequívocamente la conclusión de que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho sobre el significado y el ámbito de aplicación del mecanismo de remisión en cuestión.

3) Interpretación contextual del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión

111. Abordaré ahora el examen de los apartados 118 a 139 de la sentencia recurrida, en los que el Tribunal General realizó una interpretación contextual del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión. Para ello, el Tribunal General examinó *doce* elementos de contexto, incluidos en *cinco* disposiciones (o conjuntos de disposiciones) del Reglamento de concentraciones de la Unión. Tras examinar estos elementos, el Tribunal General llegó a la conclusión de que «de la interpretación contextual se inf[ería] que es posible presentar una solicitud de remisión con arreglo al artículo 22 del [Reglamento de concentraciones de la Unión] con independencia del alcance de una normativa nacional en materia de control de las concentraciones». [83]

112. No estoy de acuerdo con esta conclusión por cuatro razones diferentes: i) las disposiciones del Reglamento de concentraciones de la Unión distintas del artículo 22 no confirman la interpretación seguida por el Tribunal General; ii) tampoco lo hacen los demás apartados y párrafos del artículo 22; iii) el Tribunal General minimizó erróneamente la importancia de determinados elementos del contexto que —si bien no son en modo alguno determinantes— parecen tener cierto peso cuando se examinan adecuadamente, y iv) el Tribunal General también pasó por alto algunos otros elementos de contexto que parecen contradecir sus propias conclusiones.

80 Apartado 61 del Libro Blanco de 2014.

81 Apartados 21, 63 y 69 del Libro Blanco de 2014.

82 Disponible en el sitio web de la Comisión. Véanse, en particular, las secciones A.1, B.2 y B.3.

83 Apartado 139 de la sentencia recurrida.

i) Límites de la apreciación contextual del Tribunal General (I)

113. El Tribunal General comenzó su apreciación contextual examinando si el tenor de las disposiciones del Reglamento de concentraciones de la Unión distintas de su artículo 22 podía arrojar alguna luz sobre el significado y ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión. A tal fin, examinó en primer lugar cuatro disposiciones (o conjuntos de disposiciones) del Reglamento.

114. En un primer momento, el Tribunal General consideró que las bases jurídicas elegidas por el legislador de la Unión (los actuales artículos 103 TFUE y 352 TFUE) [84] primero para la adopción del Reglamento comunitario de concentraciones y posteriormente para el Reglamento de concentraciones de la Unión no ofrecían ninguna indicación sobre el significado y el ámbito de aplicación correctos del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión. De este modo, rechazó la tesis de Illumina de que las bases jurídicas corroboraban la interpretación que proponía de dicha disposición. [85]

115. En mi opinión, esta apreciación es correcta. De la exposición de motivos del Reglamento comunitario de concentraciones y del Reglamento de concentraciones de la Unión, [86] así como de los trabajos preparatorios, [87] se desprende que el legislador de la Unión consideró que el artículo 103 TFUE —que permite adoptar legislación destinada a «la aplicación de los principios enunciados en los artículos 101 [TFUE] y 102 [TFUE]»— era, por sí solo, insuficiente para establecer un régimen de control de las concentraciones que persiguiera impedir la mera creación de posiciones dominantes (en contraposición a la *explotación abusiva* de tales posiciones, que está prohibida por el artículo 102 TFUE), así como abarcaba las concentraciones en el mercado para los productos agrícolas que, con arreglo al artículo 38 TFUE, apartado 3, y al anexo I del Tratado FUE, [88] podían estar sujetas a un régimen jurídico específico que incluía excepciones a la plena aplicación de las normas de la Unión en materia de competencia. Por consiguiente, el legislador de la Unión consideró necesario basar el Reglamento también en el actual artículo 352 TFUE. [89]

116. En la vista, también se debatió ampliamente si las bases jurídicas del Reglamento de concentraciones de la Unión podían ser pertinentes para esta cuestión. La Comisión, por su parte, alegó que la elección del legislador confirma indirectamente su posición, ya que el artículo 352 TFUE es una disposición que puede conferir una nueva competencia a los Estados miembros para que soliciten a la Comisión que examine una concentración determinada, aunque no exista ninguna facultad en este sentido en virtud del Derecho nacional. Sin embargo, con independencia de que el artículo 352 TFUE pueda interpretarse de este modo, no he encontrado ningún indicio de que el legislador aplicara esta consideración en ningún documento histórico.

84 Anteriormente, artículos 87 CEE y 235 CEE.

85 Apartados 119 y 120 de la sentencia recurrida.

86 Véanse el séptimo considerando del Reglamento comunitario de concentraciones y el considerando 7 del Reglamento de concentraciones de la Unión.

87 Véanse, en particular, Consejo, Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations), 29 de mayo de 1989 (7752/89 RC 20) p. 5; Résultats des travaux du Groupe des questions économiques (contrôle des concentrations), 22 de junio de 1989 (7827/89 RC 22) p. 1, anexo II, p. 3, y avis du service juridique, 11 de julio de 1989 (7896/89 JUR 98 RC 24), p. 4.

88 Entonces artículo 38 CEE y anexo II del Tratado CEE.

89 En esencia, el artículo 352 TFUE, apartado 1, permite al Consejo adoptar las disposiciones adecuadas cuando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por estos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto.

Como se ha indicado, tanto la exposición de motivos como los trabajos preparatorios dejan bien claro que la elección de la base jurídica por parte del legislador no se vio influida por el ámbito de aplicación del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión. [90]

117. En un segundo momento, el Tribunal General se refirió al artículo 1, apartados 1 y 2, del Reglamento de concentraciones de la Unión, que establece los umbrales a partir de los cuales se considera que una concentración tiene «dimensión comunitaria» (y, por lo tanto, queda sujeta al régimen de notificación obligatoria), y deja claro que dichos umbrales se entienden «sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 5 [de su] artículo 4 y en [su] artículo 22». El Tribunal General dedujo del artículo 1, apartados 1 y 2, del Reglamento de concentraciones de la Unión que «el ámbito de aplicación del [Reglamento de concentraciones de la Unión] y, en consecuencia, la competencia de examen de la Comisión relativa a las concentraciones dependen, con carácter principal, de la superación de los umbrales de volumen de negocio que definen la dimensión europea y, con carácter subsidiario, de los mecanismos de remisión previstos en los artículos 4, apartado 5, y 22 de dicho Reglamento, que completan esos umbrales al autorizar que la Comisión realice un examen de *algunas* concentracion[es] que no tienen dimensión europea». [91]

118. Una vez más, la apreciación del Tribunal General a este respecto es totalmente correcta y ninguna de las partes discute que el artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión permite a la Comisión examinar *algunas* concentraciones que no alcanzan los umbrales establecidos en el artículo 1 del Reglamento de concentraciones de la Unión. Sin embargo, la conclusión del Tribunal General no arroja ninguna luz sobre la verdadera cuestión controvertida: *qué* concentraciones de las que no alcanzan los umbrales previstos en el Reglamento de concentraciones de la Unión pueden ser examinadas por la Comisión de conformidad con el artículo 22 de dicho Reglamento.

119. En un tercer momento, el Tribunal General tomó en consideración el texto del artículo 4, apartado 5, del Reglamento de concentraciones de la Unión. Esta disposición contiene otro mecanismo de remisión, que permite a las partes de una concentración sin dimensión comunitaria y que pueda examinarse a la luz de la normativa nacional en materia de competencia de al menos tres Estados miembros solicitar que dicha concentración sea examinada por la Comisión. Como observó el Tribunal General, estas dos disposiciones difieren sensiblemente en lo que respecta a sus requisitos de aplicación y su finalidad. Así pues, el Tribunal General rechazó interpretar el artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión a la luz del artículo 4, apartado 5, de dicho Reglamento. [92]

120. Por las razones expuestas en el punto 63 anterior, considero que este enfoque está justificado. En mi opinión, el texto del artículo 4, apartado 5, del Reglamento de concentraciones de la Unión simplemente no es concluyente a efectos de la interpretación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, de dicho Reglamento.

90 Sobre esta cuestión, véase también Dashwood, A., *Community Report*, XIV.º Congreso de la FIDE, Madrid, 2010.

91 Apartados 121 a 124 de la sentencia recurrida. El subrayado es mío.

92 Apartados 125 y 126 de la sentencia recurrida.

121. En un cuarto momento, el Tribunal General declaró que el artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión «no puede interpretarse a la luz de los mecanismos de remisión previstos en los artículos 4, apartado 4, y 9 de dicho Reglamento».[93] Las diferencias en la redacción de estas disposiciones demostraban, para el Tribunal General, que dichos mecanismos no están «alineados» y, en consecuencia, no podía efectuarse ninguna deducción en relación con el significado y el ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión.[94]

122. Una vez más, la apreciación del Tribunal General es correcta: las alegaciones de las recurrentes a este respecto no eran convincentes. Al mismo tiempo, cabe añadir que estas disposiciones tampoco apoyan las alegaciones de la Comisión; de hecho, no dicen nada sobre la cuestión controvertida que nos ocupa.

ii) Límites de la apreciación contextual del Tribunal General (II)

123. Por último, en los apartados 130 a 138 de la sentencia recurrida, el Tribunal General analizó el significado y el ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión, a la luz de los demás apartados y párrafos de esta disposición. Para ello, el Tribunal General examinó *ocho* elementos del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión.

124. En primer lugar, contrariamente a lo declarado por el Tribunal General,[95] el tenor del artículo 22, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento de concentraciones de la Unión —que establece que la solicitud de remisión 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»—[96] no significa que su párrafo primero «regul[e] […] las situaciones en las que las concentraciones no se notifican, sino que simplemente se comunican al Estado miembro en cuestión, *ya sea porque no están comprendidas en el ámbito de aplicación de dicho régimen* o porque este no existe».[97]

125. El Tribunal General pasó por alto el hecho evidente de que el término «comunicación» era necesario para que la disposición cumpliera su función esencial de «cláusula neerlandesa»: permitir que los Estados miembros que no dispongan de un régimen nacional de control de las concentraciones soliciten a la Comisión que examine las concentraciones que puedan resultar problemáticas a nivel nacional.

126. Además, el Tribunal General ignoró las modificaciones introducidas a lo largo del tiempo en el artículo 22, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento de concentraciones de la Unión. En el Reglamento comunitario de concentraciones original, dicha disposición se limitaba a hacer referencia a una solicitud que debía presentarse «en un plazo de un mes a partir de la fecha en la que la operación de concentración se haya *comunicado* al Estado miembro o se haya *realizado*».

93 El artículo 4, apartado 4, del Reglamento de concentraciones de la Unión permite a las partes en una concentración solicitar a la Comisión que remita el examen, total o parcial, de una concentración de dimensión comunitaria a las autoridades de un Estado miembro cuando dicha concentración «pued[a] afectar de manera significativa a la competencia en un mercado de un Estado miembro que presenta todas las características de un mercado definido». A su vez, el artículo 9 del Reglamento de concentraciones de la Unión permite a la Comisión, en determinadas circunstancias, remitir una concentración que le haya sido notificada a las autoridades competentes de los Estados miembros en cuestión.

94 Apartados 127 a 129 de la sentencia recurrida.

95 Apartado 130 de la sentencia recurrida.

96 El subrayado es mío.

97 Apartado 130 de la sentencia recurrida. El subrayado es mío.

Cuando se modificó el Reglamento comunitario de concentraciones en 1997, dicha disposición rezaba: «[la] solicitud deberá presentarse […] en un plazo de un mes a partir de la fecha en la que la operación de concentración se haya *comunicado* al Estado o Estados miembros autores de la *solicitud conjunta* o se haya realizado». Por último, esta disposición no se modificó hasta la adopción del Reglamento de concentraciones de la Unión para incluir también una referencia a la «*notificación*» de la concentración. [98]

127. ¿Qué nos indican estas modificaciones? A mi juicio, confirman claramente lo que puso de manifiesto el análisis de los trabajos preparatorios: i) el artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones original fue concebido para regular las remisiones por parte de los Estados miembros que no disponen de un régimen de control de las concentraciones (de ahí que no se mencione ninguna notificación); ii) el artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones fue modificado en 1997 para permitir la remisión por parte de varios Estados miembros, con el fin de evitar las notificaciones múltiples, cuando se consideraba que la Comisión era la autoridad mejor situada (de ahí la introducción de la referencia a las solicitudes conjuntas), y iii) el artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión consolidó el acervo del artículo 22 y reforzó la función de ventanilla única de esta disposición (de ahí la introducción de la referencia a las notificaciones). [99] Por consiguiente, la apreciación del Tribunal General basada en el texto del artículo 22, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento de concentraciones de la Unión es, desde mi punto de vista, incorrecta.

128. En segundo lugar, el Tribunal General declaró que las recurrentes no podían invocar el tenor literal del artículo 22, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión, que exige que la Comisión informe a las «autoridades competentes de los Estados miembros» de una solicitud de remisión. Esta referencia es genérica y no implica que una notificación a nivel nacional haya sido efectuada o sea en todo caso posible. [100]

129. Estoy de acuerdo, en parte, con el Tribunal General. Considerado aisladamente, este elemento no parece concluyente para dilucidar el significado y el ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión. No obstante, como explicaré en los puntos 152 a 162 de las presentes conclusiones, la disposición en cuestión no carece de importancia cuando se examina en relación con otras disposiciones pertinentes.

130. En tercer lugar, el Tribunal General consideró que el artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento de concentraciones de la Unión —que dispone que «*cualquier otro* Estado miembro tendrá derecho a sumarse a la solicitud [de remisión] inicial»— estaba «en consonancia con [el artículo 22, apartado 1, del Reglamento de concentraciones de la Unión] y confirma que cualquier Estado miembro puede presentar una solicitud de remisión o de adhesión con arreglo a dicho artículo, con independencia del alcance de su normativa nacional en materia de control de las concentraciones». [101]

98 El subrayado en estas disposiciones es mío.

99 Véanse los puntos 100, 103 y 105 de las presentes conclusiones. Por lo que se refiere más concretamente al Reglamento de concentraciones de la Unión, véase también su considerando 12. Esta evolución, debida también al ámbito de aplicación cada vez más reducido del mecanismo de remisión, se ha destacado en la doctrina jurídica: véanse, por ejemplo, Albors-Llorens, A., Goyder, D. G., y Goyder, J., *Goyder's EC Competition Law*, 5.ª ed., Oxford University Press, 2009, p. 431, y Frenz, W., *Handbook of EU Competition Law*, Springer, 2016, p. 1308.

100 Apartado 131 de la sentencia recurrida.

101 Apartado 132 de la sentencia recurrida. El subrayado es mío.

131. Se trata, ciertamente, de un elemento que, como declaró el Tribunal General, parece respaldar la posición de la Comisión. Sin embargo, el valor persuasivo de dicho elemento es bastante escaso, por las cuatro razones siguientes:

– Antes de nada, procede señalar que, como observó el propio Tribunal General, la formulación del artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento de concentraciones de la Unión es similar a la del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del mismo Reglamento. Ello es bastante lógico, habida cuenta de la conexión estricta e intrínseca entre ambos preceptos (que regulan quiénes pueden presentar una solicitud y quiénes pueden presentar una solicitud conjunta, respectivamente). Así pues, no es sorprendente que ambas disposiciones contengan términos que son igualmente incondicionales. Sin embargo, dado que la primera disposición es supuestamente confusa, difícilmente puede considerarse que la correspondiente formulación de la segunda ofrezca una orientación fiable sobre el significado de la primera.

– El tenor del artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento de concentraciones de la Unión tampoco es claro por otra razón. En efecto, el considerando 15 del Reglamento de concentraciones de la Unión —que se refiere al artículo 22 de dicho Reglamento— indica que «otros Estados miembros *que también sean competentes* para analizar la concentración deben poder sumarse a la solicitud [de remisión]».[102] Como mínimo, este considerando arroja ciertas dudas sobre la interpretación efectuada por el Tribunal General del artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento de concentraciones de la Unión, dado que da a entender que el Estado miembro que presenta la solicitud de remisión debe ser competente.

– Además, aunque se estuviera de acuerdo con la interpretación del artículo 22, apartado 2, párrafo segundo, del Reglamento de concentraciones de la Unión adoptada por el Tribunal General, no se produciría ninguna incongruencia con la interpretación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del citado Reglamento que proponen las recurrentes. La Comisión adquiere competencia potencial para examinar una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el artículo 1 del Reglamento de concentraciones de la Unión cuando una solicitud de remisión se presenta por un Estado miembro que sea competente con arreglo al artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión. Por consiguiente, cuando uno o más Estados miembros se suman a una solicitud de remisión (válidamente presentada) de otro Estado miembro, la concentración ya ha entrado en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones de la Unión. Así pues, no es problemático ni anómalo que cualquier Estado miembro pueda sumarse a dicha solicitud.

– Por último, el hecho de que uno o varios Estados miembros se sumen (*ab initio* o con posterioridad) a una solicitud de remisión presentada o que será presentada (válidamente) por otro Estado miembro no tiene consecuencias adversas para las empresas afectadas en términos de seguridad jurídica y previsibilidad de los procedimientos.[103] Esto contrasta fuertemente con las consecuencias que se derivarían, a este respecto, de interpretar el artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión del modo propuesto por la Comisión.[104]

102 El subrayado es mío. Volveré sobre esta cuestión más adelante, en los puntos 155 y 156 de las presentes conclusiones.

103 En efecto, el procedimiento se ha incoado válidamente y, en todo caso, una solicitud de remisión conjunta por varios Estados miembros refuerza la coherencia del sistema: si la solicitud es aceptada, todos los Estados miembros interesados dejarán de poder «aplicar a la concentración [en cuestión] su normativa nacional en materia de competencia» (artículo 22, apartado 3, del Reglamento de concentraciones de la Unión), incluidas sus disposiciones relativas a acuerdos contrarios a la competencia y abusos de posición dominante. Véase, sobre el último extremo, el apartado 134 de la sentencia recurrida.

104 Véanse, de forma más pormenorizada, los puntos 206 a 214 de las presentes conclusiones.

132. En cuarto lugar, el Tribunal General declaró que el hecho de que, según el artículo 22, apartado 2, párrafo tercero, del Reglamento de concentraciones de la Unión, «el cómputo de todos los plazos nacionales relativos a la concentración quedará suspendido» no corroboraba la interpretación de la recurrente del artículo 22, apartado 2, del Reglamento de concentraciones de la Unión. [105]

133. También en este aspecto comparto la conclusión inmediata del Tribunal General: el artículo 22, apartado 2, párrafo tercero, del Reglamento de concentraciones de la Unión, considerado por sí mismo, no arroja luz alguna sobre el ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del referido Reglamento. [106]

134. En quinto lugar, el Tribunal General hizo referencia al tenor del artículo 22, apartado 3, párrafo tercero, del Reglamento de concentraciones de la Unión, conforme al cual «el Estado o Estados miembros que hayan presentado la solicitud dejarán de aplicar a la concentración su normativa nacional en materia de competencia». En este sentido, el Tribunal General señaló que esta disposición no apoya las alegaciones de las recurrentes: la normativa nacional en cuestión se refiere también a las disposiciones nacionales sobre acuerdos contrarios a la competencia y abusos de posición dominante. [107]

135. A este respecto, comparto plenamente la apreciación del Tribunal General. En efecto, el artículo 22, apartado 2, párrafo tercero, del Reglamento de concentraciones de la Unión no respalda la interpretación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, de dicho Reglamento que plantean las recurrentes (ni, por la misma razón, la que propone la Comisión).

136. En sexto lugar, el Tribunal General analizó el artículo 22, apartado 4, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión, según el cual los artículos 2, 4, apartados 2 y 3, y 5, 6 y 8 a 21 serán aplicables cuando la Comisión examine una concentración que se le haya remitido, y el artículo 7 del citado Reglamento se aplicará «siempre que la concentración no haya sido ejecutada en la fecha en que la Comisión informe a las empresas afectadas de que se ha presentado una solicitud». La Comisión infiere del tenor de esta disposición que la obligación de suspensión prevista en el artículo 7 del Reglamento de concentraciones de la Unión es aplicable «tanto [a] las situaciones en las que la concentración objeto de la solicitud de remisión no está comprendida […] en el ámbito de aplicación de ninguna normativa nacional como [a] aquellas en las que dicha normativa es aplicable pero no prevé su suspensión». [108]

137. La deducción del Tribunal General es desconcertante. Considerada literalmente, es correcta. [109] Sin embargo, carece también de pertinencia para la cuestión controvertida en el presente asunto. Por tanto, entiendo la deducción del Tribunal General en el sentido de que la obligación de suspensión establecida en el artículo 7 del Reglamento de concentraciones de la

105 Apartado 133 de la sentencia recurrida.

106 Véanse, sin embargo, los puntos 152 a 162 de las presentes conclusiones.

107 Apartado 134 de la sentencia recurrida.

108 Apartados 135 y 136 de la sentencia recurrida.

109 En efecto, i) si un Estado miembro que no dispone de un régimen nacional de control de las concentraciones presenta una solicitud de remisión, la obligación de suspensión establecida en el artículo 7 del Reglamento de concentraciones de la Unión se aplica a la concentración controvertida con independencia de si dicha concentración está comprendida en el ámbito de aplicación de otro u otros regímenes nacionales de control de las concentraciones, y ii) si un Estado miembro presenta una solicitud de remisión, la obligación de suspensión establecida en el artículo 7 del Reglamento de concentraciones de la Unión se aplica a la concentración de que se trate en virtud del Reglamento comunitario de concentraciones y, por tanto, con independencia de si la legislación de dicho Estado miembro prevé una obligación equivalente.

Unión es aplicable también a las concentraciones que no están comprendidas en el ámbito de aplicación del régimen nacional de control de las concentraciones del *Estado miembro que presenta la solicitud*.

138. No obstante, parece existir una laguna en el razonamiento del Tribunal General. En efecto, no resulta inmediatamente evidente cómo se deriva esa deducción del tenor del artículo 22, apartado 4, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión. En cualquier caso, considero que tal deducción es errónea.

139. En virtud del artículo 22, apartado 4, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión, la obligación de suspensión es aplicable a todas las concentraciones respecto a las cuales se haya presentado una solicitud de remisión, con objeto de garantizar la efectividad del sistema de control y prevenir que se produzcan distorsiones de la competencia antes de que se decida si la Comisión examinará el asunto.

140. El hecho de que la obligación de suspensión se aplique únicamente en la medida en que «la concentración no haya sido ejecutada en la fecha en que la Comisión informe a las empresas afectadas de que se ha presentado una solicitud» es el resultado inevitable de la circunstancia de que una concentración sobre la que se ha presentado una solicitud de remisión puede haber sido ejecutada (legalmente) antes de dicha presentación. Existen varias razones por las que esto es posible. En particular, una solicitud de remisión puede proceder de un Estado miembro (o de un Estado perteneciente al EEE o a la AELC): [110] i) que carezca de un régimen de control de las concentraciones; ii) que cuente con un régimen de control de las concentraciones que no prevea una obligación de suspensión, [111] o iii) en el que la obligación de suspensión, aunque esté establecida, no sea aplicable al caso concreto. En lo que respecta a este último punto, es importante señalar, en efecto, que el alcance de las obligaciones de suspensión, en particular sus exenciones y posibles excepciones, así como la duración de los períodos de espera aplicables, varían de un Estado miembro a otro. [112]

141. La conclusión del Tribunal General sobre el artículo 7 del Reglamento de concentraciones de la Unión constituye, por tanto, un *non sequitur*. En mi opinión, el artículo 22, apartado 4, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión no arroja ninguna luz sobre la interpretación correcta del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del mismo Reglamento.

142. En séptimo lugar, el Tribunal General señaló que, con arreglo al artículo 22, apartado 5, del Reglamento de concentraciones de la Unión, «la Comisión podrá informar a uno o varios Estados miembros de que considera que una concentración cumple los criterios del apartado 1 [de dicho artículo]». Dado que esta formulación se refiere únicamente a tales criterios, que parecen ser exhaustivos, el Tribunal General consideró que esta disposición no exige que dicha concentración esté comprendida en el ámbito de aplicación de una normativa nacional en materia de control de las concentraciones. [113]

110 Como indicó acertadamente el Órgano de Vigilancia de la AELC en sus observaciones, el Reglamento de concentraciones de la Unión es un acto que, con arreglo al artículo 57 del Acuerdo EEE, es aplicable también a los Estados del EEE y de la AELC (Islandia, Liechtenstein y Noruega); Liechtenstein no tiene un régimen nacional de control de las concentraciones.

111 Como es bien sabido, este es el caso del Reino Unido, que aún era un Estado miembro de la Unión cuando se adoptaron el Reglamento comunitario de concentraciones y el Reglamento de concentraciones de la Unión.

112 Para una descripción general de estos aspectos específicos del sistema, véanse los «Modelos de notificación y procedimientos de concentración» presentados por muchos Estados miembros de la Unión a la Red Internacional de Competencia (disponible en el sitio web de la red).

113 Apartado 137 de la sentencia recurrida.

143. A mi juicio, el Tribunal General va demasiado lejos en su interpretación de esta disposición. El artículo 22, apartado 5, del Reglamento de concentraciones de la Unión complementa al artículo 22, apartado 1, de dicho Reglamento: el mecanismo de remisión en cuestión puede ser iniciado por uno o varios Estados miembros, pero también por la Comisión, y en los dos casos deben cumplirse los dos requisitos materiales exigidos por el artículo 22 del referido Reglamento, lo cual explica la formulación muy similar que se ha utilizado en ambos. En realidad, habría sido extraño que el artículo 22, apartado 5, fuera más detallado que el artículo 22, apartado 1, de dicho Reglamento o contuviera una diferencia sustancial con respecto a él. Así pues, como se ha indicado en el punto 131 de las presentes conclusiones, este precepto difícilmente puede utilizarse como una fuente fiable para la interpretación contextual de la disposición cuya formulación refleja.

144. Además, aunque se considerase pertinente la formulación del artículo 22, apartado 5, del Reglamento de concentraciones de la Unión, encuentro al menos otras dos explicaciones a dicha formulación: no solo no apoyan la tesis de la Comisión, sino que pueden incluso considerarse favorables a la posición de las recurrentes.

145. Una de tales explicaciones se pone de manifiesto si se presta atención al apartado 110 de la sentencia recurrida. En ese pasaje, el Tribunal General declaró que, en un asunto anterior (el asunto Kesko), ya había declarado que «no correspondía a la Comisión pronunciarse […] sobre la competencia de [una autoridad nacional de defensa de la competencia] […] para presentar una solicitud [de remisión] sobre la base del artículo 22 […] del [Reglamento de concentraciones de la Unión], sino que solo le incumbía comprobar si la solicitud que se le había presentado, a primera vista, era la de un Estado miembro».[114] Esta sentencia es correcta en la medida en que la determinación de si una concentración es notificable conforme al Derecho nacional no es una cuestión de Derecho de la Unión, sino de Derecho nacional. Así pues, no puede corresponder a la Comisión informar a un Estado miembro con arreglo al artículo 22, apartado 5, del Reglamento de concentraciones de la Unión de que, en su opinión, no solo se cumplen los requisitos materiales, sino también los umbrales nacionales.

146. Otra explicación resulta de la inexistencia de cualquier indicación, en el artículo 22, apartado 5, del Reglamento de concentraciones de la Unión, en relación con los criterios que la Comisión debe emplear en la identificación de «uno o varios Estados miembros» a los que, con arreglo a esta disposición, puede primero contactar y a continuación invitar a presentar una solicitud. ¿Son los Estados miembros en cuyo territorio puede verse afectada la competencia? De ser así, ¿puede la Comisión elegir libremente solo a algunos de ellos (y en virtud de qué criterios) o está obligada a tratarlos por igual? A primera vista, el tenor de esta disposición podría parecer un tanto ambiguo a este respecto. O quizás no. Cabe sostener que la Comisión dispone de un amplio margen de apreciación en cuanto a ello, ya que, entre otras cuestiones, puede tener que considerar, en cada caso específico, qué Estados miembros son, a primera vista, competentes para remitir una concentración y cuáles no lo son.

147. En consecuencia, opino que el artículo 22, apartado 5, del Reglamento de concentraciones de la Unión tampoco resulta útil para determinar la naturaleza y el ámbito de aplicación de su artículo 22, apartado 1, párrafo primero.

114 Sentencia de 15 de diciembre de 1999, Kesko/Comisión (T-22/97, EU:T:1999:327), apartado 84.

148. Por último, el Tribunal General declaró que las demás disposiciones del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión «no contienen ningún elemento pertinente que pueda contribuir a aclarar de manera adicional el contenido del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, de dicho Reglamento».[115] Como explicaré en las siguientes secciones de las presentes conclusiones, no comparto esta última conclusión.

149. Sobre la base de los elementos de contexto antes expuestos, el Tribunal General llegó a la conclusión de que la interpretación contextual del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión confirma que es posible presentar una solicitud de remisión con arreglo al artículo 22 de dicho Reglamento con independencia del ámbito de aplicación de la normativa nacional en materia de control de las concentraciones. Sin embargo, como he explicado, esta conclusión no se desprende del análisis contextual realizado por el Tribunal General. En dicho análisis, el Tribunal General se basó, en total, en doce elementos de contexto. De estos doce elementos examinados:

– siete elementos, a juicio del propio Tribunal General, carecen de pertinencia para la interpretación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión. Tales elementos fueron, en realidad, examinados principalmente para rechazar algunas alegaciones de las recurrentes. El Tribunal General no declaró (ni siquiera sugirió) que tales elementos podrían respaldar la posición de la Comisión, y

– un elemento fue mencionado por el Tribunal General para corroborar una cuestión que, sin embargo, no es objeto de controversia y que, además, no ofrece ninguna orientación sobre la interpretación controvertida.

150. En consecuencia, incluso si se admitiera totalmente el razonamiento del Tribunal General, *quod non*, su conclusión estaría basada únicamente en *cuatro* elementos contextuales. Pues bien, tres de estos elementos, como he explicado, han sido evaluados de manera errónea y uno de ellos, aunque ciertamente favorece la tesis de la Comisión, no parece especialmente convincente.

151. Además, considero problemático el análisis contextual realizado en la sentencia recurrida por otras dos razones: i) el Tribunal General descartó erróneamente la importancia de algunos elementos de contexto que —aunque no son en absoluto determinantes— presentan un valor indicativo cuando se toman debidamente en consideración, y ii) el Tribunal General hizo caso omiso de otros elementos de contexto que parecen contradecir sus conclusiones.

iii) Límites de la apreciación contextual del Tribunal General (III)

152. Procede señalar, antes de nada, que algunos elementos de contexto cuya importancia fue descartada por el Tribunal General[116] adquieren, en mi opinión, un cierto valor hermenéutico cuando se tienen debidamente en cuenta dos aspectos que dicho Tribunal pasó por alto: la relación entre ellos y el factor tiempo.

153. Paso a explicarlo. Los elementos a los que me refiero son las disposiciones y los considerandos del Reglamento de concentraciones de la Unión que, cuando se examinan por separado, puede parecer que no revisten una importancia particular para la interpretación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del citado Reglamento. No obstante, en realidad, si se

115 Apartado 138 de la sentencia recurrida.

116 Véanse los puntos 129 a 133 de las presentes conclusiones.

toma distancia y se examinan en conjunto tales disposiciones y considerandos, teniendo en cuenta cuándo y por qué se introdujeron en el Reglamento, pueden extraerse efectivamente algunas indicaciones útiles.

154. En el procedimiento de primera instancia, las recurrentes invocaron una serie de disposiciones y considerandos del Reglamento de concentraciones de la Unión, que parecen basarse en la premisa de que: i) la concentración objeto de una remisión con arreglo al artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión es notificada o notificable a nivel nacional;[117] ii) la concentración debe ser examinada en todo caso en algún lugar, aun cuando la Comisión decida no hacerlo,[118] o iii) las autoridades nacionales que efectúan la remisión deben ser competentes para examinar la concentración. Este último punto merece una breve explicación.

155. Como he señalado antes, el artículo 22, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión dispone que la Comisión «informará sin demora a las autoridades *competentes* de los Estados miembros y a las empresas afectadas de cualquier solicitud recibida». Al igual que el Tribunal General, también me inclinaría por entender la expresión «autoridades competentes» en el sentido de que se refiere a las autoridades nacionales que se encargan en general de las concentraciones, en contraposición a las autoridades competentes para el examen de la concentración específica con arreglo al Derecho nacional.

156. Ahora bien, esta interpretación queda en entredicho, como ya he indicado en el punto 131 de las presentes conclusiones, por el considerando 15 del Reglamento de concentraciones de la Unión, un considerando que versa precisamente sobre el mecanismo de remisión de que se trata y, más concretamente, sobre los requisitos que deben concurrir para utilizarlo con arreglo al artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión. A tenor de dicho considerando, «un Estado miembro debe poder remitir a la Comisión una concentración que no tenga dimensión comunitaria pero que afecte al comercio entre los Estados miembros y amenace con afectar de forma significativa a la competencia dentro de su territorio. Otros Estados miembros que *también* sean *competentes* para analizar la concentración deben poder sumarse a la solicitud».[119] ¿No sugiere la formulación de este considerando —como sostienen las recurrentes— que el Estado miembro que realiza la remisión debe ser competente, con arreglo al Derecho nacional, para examinar la concentración controvertida?

157. El Tribunal General no acogió las alegaciones de las recurrentes: tales disposiciones y considerandos no pueden interpretarse en el sentido de que una determinada concentración, para ser remitida, debe ser notificada o notificable en el Estado miembro que activa el mecanismo.[120] Esta afirmación es claramente correcta. No es necesario señalar de nuevo que el mecanismo de remisión del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión puede ser utilizado por Estados miembros que no dispongan de un régimen nacional de control de las concentraciones y, en realidad, fue concebido principalmente para ellos.

117 Véase, en particular, el artículo 22, apartado 2, párrafo tercero, del Reglamento de concentraciones de la Unión: «El cómputo de todos *los plazos nacionales relativos a la concentración* quedará suspendido […]». El subrayado es mío.

118 Véase de nuevo el artículo 22, apartado 2, párrafo tercero, del Reglamento de concentraciones de la Unión: «[…] hasta que, de conformidad con el procedimiento establecido en el presente artículo, se haya decidido *la jurisdicción* que estudiará la concentración». El subrayado es mío.

119 El subrayado es mío.

120 En lo que se refiere al artículo 22, apartado 2, párrafo tercero, del Reglamento de concentraciones de la Unión, véanse los apartados 133 y 150 de la sentencia recurrida. Sin embargo, el Tribunal General únicamente examina los términos «todos los plazos nacionales» y no la expresión «hasta que […] se haya decidido la jurisdicción que estudiará la concentración». En cuanto al considerando 15 («que también sean competentes»), véanse los apartados 149 a 151 de la sentencia recurrida.

158. No obstante, es en cierto modo demasiado simplista detener aquí el análisis jurídico, como hizo el Tribunal General. Asimismo, me parece sorprendente que la Comisión, en sus observaciones, tampoco analizase con más detenimiento la redacción de dichas disposiciones, habida cuenta de la gran importancia que atribuye a la interpretación literal en el presente asunto.

159. Resulta imposible no preguntarse, en este contexto, si no existe cierta incoherencia en las alegaciones formuladas por la Comisión y en la motivación de la sentencia recurrida. Ambas se basan en gran medida en la redacción (supuestamente clara) de determinadas disposiciones y, a continuación, descartan lo que aparentemente se desprende del tenor (supuestamente claro) de otras disposiciones, por el mero hecho de que estas últimas no son compatibles con la interpretación dada a las primeras. A mi juicio, descartar las indicaciones que ofrecen ciertas disposiciones porque tales indicaciones no encajan en la conclusión provisional alcanzada anteriormente no constituye una interpretación contextual rigurosa. Se aproxima más bien a un razonamiento circular.

160. En mi opinión, un intérprete más prudente debería haberse preguntado por qué algunos preceptos y considerandos del Reglamento de concentraciones de la Unión podrían no significar lo que su formulación da a entender. A mi parecer, la razón que subyace a la peculiaridad de dichos considerandos y preceptos radica en el hecho de que ninguno de ellos figuraba en el Reglamento comunitario de concentraciones original en 1989. Todos ellos se introdujeron con posterioridad, cuando el Reglamento comunitario de concentraciones, tras ser modificado en este punto en 1997, fue finalmente derogado por el Reglamento de concentraciones de la Unión.

161. Dado que esta cuestión ya se ha examinado ampliamente, no necesito detenerme en ella de nuevo. El Reglamento de concentraciones de la Unión perseguía desarrollar el objetivo de «ventanilla única» del mecanismo de remisión. Por consiguiente, dado que dicho objetivo se refiere únicamente a las concentraciones notificadas o notificables, resulta bastante obvio que el tenor de los citados considerandos y disposiciones se redactó teniendo en mente tales operaciones.

162. Desde este punto de vista, el tenor de tales disposiciones y considerandos tiene perfecto sentido y es coherente con el resto del Reglamento de concentraciones de la Unión. En consecuencia, también estos elementos de contexto sugieren que el artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión nunca persiguió el objetivo de permitir a los Estados miembros remitir a la Comisión concentraciones que no alcanzasen los umbrales nacionales. De lo contrario, probablemente se habría redactado de forma diferente. Utilizando otro modismo inglés, diría que, en lo que respecta a estos considerandos y disposiciones, los árboles no dejaron ver el bosque al Tribunal General.

iv) Límites de la apreciación contextual del Tribunal General (IV)

163. Asimismo, el Tribunal General ha pasado por alto otros aspectos del contexto jurídico que, en mi opinión, también parecen sostener la interpretación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión defendida por las recurrentes.

164. A este respecto también puedo ser breve. En efecto, ya he mencionado algunos de estos elementos en los pasajes anteriores de las presentes conclusiones.

165. Para empezar, el considerando 15, *in fine*, indica que, en virtud del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión, la Comisión está «facultada para examinar y tratar una concentración *en nombre de* uno o de varios Estados miembros que lo soliciten».[121] La formulación de este considerando es difícilmente conciliable con una disposición que, según la Comisión y el Tribunal General, confiere a la Comisión la facultad de examinar ciertas concentraciones que afectan a la competencia en el *mercado interior*. Si el problema está en el mercado interior, ¿por qué debería la Comisión actuar *en interés*, *en lugar* o *en nombre de*[122] una autoridad nacional, *a fortiori* una que no es competente para examinar la concentración controvertida?

166. Mis dudas sobre esta cuestión se ven intensificadas a la vista del tenor del artículo 22, apartado 5, del Reglamento comunitario de concentraciones original, conforme al cual, «en aplicación del apartado 3, la Comisión *solo* adoptará las medidas estrictamente necesarias para preservar o restablecer una competencia efectiva en el *territorio del Estado miembro* a instancia del cual haya intervenido».[123] El límite expreso impuesto a las facultades atribuidas a la Comisión en esas circunstancias[124] pone de manifiesto, a mi juicio inequívocamente, que el artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión no perseguía tener la amplia función correctora que le asigna el Tribunal General.

167. Resulta también oportuno mencionar que, en la sentencia recurrida, no se hace alusión al artículo 1, apartados 4 y 5, del Reglamento de concentraciones de la Unión, que establece un procedimiento simplificado[125] para permitir al Consejo, a propuesta de la Comisión, «revisar […] los umbrales y criterios» que, de acuerdo con esa disposición, definen el ámbito de aplicación de dicho Reglamento.[126] Es importante señalar que dicha disposición no solo se refiere a los «umbrales» (entendidos como umbrales de volumen de negocio), sino también a los «criterios». Esto significa que el legislador de la Unión puede, si lo estima necesario, decidir sustituir o completar los umbrales de volumen de negocio con criterios basados en otros tipos de valores (por ejemplo, el precio pagado por el comprador, el valor de la operación, las cuotas de mercado, la cuota de suministro, el valor de los activos locales objeto de transmisión, el potencial impacto en

121 El subrayado es mío.

122 Véanse también las expresiones similares, por ejemplo, en las versiones del Reglamento en lengua alemana («für»), griega («για λογαριασμό»), inglesa («on behalf of»), francesa («au nom d[e]») e italiana («per conto di»). Subrayando que la Comisión parece actuar en virtud de una especie de delegación de las facultades de la autoridad nacional competente: Cohen-Tanugi, C., y otros, *La pratique communautaire du contrôle des concentrations*, De Boeck Université, 1995, p. 56. De manera similar, Sir Leon Brittan, nota 65, *op. cit.*, p. 52.

123 El subrayado es mío. Esta disposición solo modificada ligeramente en 1997 y fue derogada por el Reglamento de concentraciones de la Unión, puesto que ya no era coherente con la nueva función de ventanilla única del artículo 22 de dicho Reglamento. Véase Cook, J., y Kerse, C., *EC Merger Control*, 5.ª ed., Sweet&Maxwell, 2005, p. 343.

124 El hecho de que las facultades limitadas de la Comisión implicaban un alcance limitado del mecanismo de remisión establecido entonces en el artículo 22 del Reglamento comunitario de concentraciones fue subrayado, por ejemplo, por Cook, J., y Kerse, C., *EEC Merger Control — Regulation 4064/89*, 1.ª ed., Sweet&Maxwell, 1991, pp. 60 y 61.

125 En efecto, la modificación del Reglamento de concentraciones de la Unión normalmente requiere la unanimidad (porque la base jurídica es el artículo 352 TFUE), pero el artículo 1, apartado 5, del citado Reglamento permite al Consejo modificar los umbrales «por mayoría cualificada».

126 Véase también el considerando 9 del Reglamento de concentraciones de la Unión, que dispone: «La Comisión debería informar al Consejo sobre la aplicación de los umbrales y criterios establecidos, de modo que el Consejo, actuando con arreglo a lo dispuesto en el artículo 202 del Tratado, esté en condiciones de revisarlos *regularmente* […] a la luz de la experiencia adquirida; a tal fin es necesario disponer de datos estadísticos que los Estados miembros habrán de facilitar a la Comisión para que esta pueda elaborar dichos informes y presentar posibles propuestas y modificaciones. Los informes y propuestas de la Comisión deben basarse en la información pertinente que *periódicamente* faciliten los Estados miembros» (el subrayado es mío). A la luz de este considerando, entiendo que el artículo 1, apartados 4 y 5, del Reglamento de concentraciones de la Unión permite recurrir al procedimiento simplificado *en cualquier momento* tras la presentación del informe cuya fecha límite era el 1 de julio de 2009. Sin embargo, es cierto que el tenor de la disposición resulta ambiguo y podría llevar a pensar que el procedimiento simplificado únicamente era aplicable a las modificaciones posteriores al informe de 2009. Aun así, y dejando de lado el tenor específico del considerando 9 del Reglamento de concentraciones de la Unión, carece de lógica pensar que esta disposición solo resulta aplicable una vez. En efecto, la necesidad de ajustar los umbrales deviene incluso más evidente con el paso del tiempo.

los mercados afectados, etc.). Existe, por consiguiente, un mecanismo corrector sistémico integrado en el Reglamento de concentraciones de la Unión, que permite un ajuste rápido del ámbito de aplicación de dicho Reglamento si los criterios de competencia empleados dejan de ser idóneos, como consecuencia de la evolución del mercado, para detectar las concentraciones potencialmente perjudiciales.

168. Coincido con la Comisión en que, en sí mismo considerado, el valor hermenéutico de este elemento no debe exagerarse. Sin embargo, suscita cuestiones acerca de la necesidad de disponer, en el Reglamento, de un mecanismo corrector *ad hoc* como el contemplado por el Tribunal General. Además, este elemento de contexto cobra mucha mayor importancia para el intérprete cuando se examina desde un punto de vista diferente.

169. Debe tenerse en cuenta que, en el Reglamento comunitario de concentraciones original, ya existía un precepto similar al artículo 1, apartados 4 y 5, del Reglamento de concentraciones de la Unión y, en este último, la relación entre el mecanismo de ajuste de los umbrales y el mecanismo de remisión era directa y explícita. Es interesante observar que el mecanismo de remisión establecido en el artículo 22, apartados 3 a 5, del Reglamento comunitario de concentraciones se concibió inicialmente como un mecanismo *temporal*. En efecto, el artículo 22, apartado 6, del Reglamento comunitario de concentraciones preveía que «las disposiciones de los apartados 3, 4 y 5 seguirán siendo de aplicación mientras no se revisen las cuantías contempladas en el apartado 2 del artículo 1». Esto significa que el legislador de la Unión consideraba, en 1989, que el mecanismo de remisión iba a quedar obsoleto una vez que la experiencia «sobre el terreno» permitiera introducir los ajustes adecuados en los umbrales de volumen de negocio.[127] Obviamente, tal consideración carecería por completo de sentido si el mecanismo de remisión también tuviera por objeto, como sostiene la Comisión, incluir las concentraciones que no alcanzan los umbrales nacionales: su utilidad no se vería afectada en absoluto por ningún cambio en los umbrales del Reglamento comunitario de concentraciones. *A fortiori*, si el mecanismo de remisión tenía por objeto incluir concentraciones situadas por debajo de los umbrales nacionales, ¿por qué atribuirle carácter temporal?

170. Mi conclusión provisional es que, en conjunto, la interpretación contextual del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión respalda también la conclusión de que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho acerca del significado y ámbito de aplicación del mecanismo de remisión de que se trata. En efecto, aunque existen elementos en favor de ambos puntos de vista, los que indican un ámbito de aplicación más restringido de dicha disposición son mucho más numerosos y relevantes que los que apuntan en sentido contrario.

4) Interpretación teleológica del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión

171. A continuación, en los apartados 140 a 151 de la sentencia recurrida, el Tribunal General efectuó una interpretación teleológica del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión, centrándose principalmente en el texto de la exposición de motivos. En particular, subrayó que, tal como se desprende de los considerandos 5, 6, 8, 24 y 25 del citado Reglamento, su objetivo es «permitir un control efectivo de todas las concentraciones que afecten de forma significativa a la estructura de la competencia en la

[127] Downes, T. A., y Ellison, J., *The legal control of mergers in the EC*, Blackston, 1991, pp. 63 a 65, que subraya el carácter temporal del mecanismo.

Unión». El Tribunal General destacó asimismo que, en el considerando 11, los mecanismos de remisión se califican de «mecanismo[s] corrector[es]», lo cual indica que crean «una competencia subsidiaria de la Comisión que le confiere la flexibilidad necesaria para alcanzar el objetivo de dicho Reglamento». Sobre esta base se concluyó que «la interpretación teleológica confirma que es posible presentar una solicitud de remisión con arreglo al artículo 22 del [Reglamento de concentraciones de la Unión] con independencia del alcance de una normativa nacional en materia de control de las concentraciones».

172. De nuevo tengo que discrepar del Tribunal General. Para explicar las razones, abordaré dos cuestiones que, en este contexto, aclaran el significado y ámbito de aplicación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión. En primer lugar, ¿cuáles son los objetivos específicos de esta disposición? En segundo lugar, el objetivo que supuestamente persigue dicha disposición, consistente en suplir lagunas, ¿es conforme con los objetivos generales del Reglamento de concentraciones de la Unión?

i) Límites de la apreciación teleológica del Tribunal General (I)

173. La respuesta a la primera pregunta está, en esta fase de mi análisis, parcialmente clara. En efecto, tanto la apreciación histórica como la contextual del Reglamento de concentraciones de la Unión ponen de manifiesto dos objetivos que el mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 de dicho Reglamento persigue de forma indudable. El primer objetivo, que motivó la inclusión del mecanismo de remisión en el Reglamento comunitario de concentraciones original (la denominada «cláusula neerlandesa»), era permitir el examen de las concentraciones que pudieran distorsionar la competencia en el ámbito local, cuando el Estado miembro en cuestión no dispusiera de un régimen nacional de control de las concentraciones. El segundo objetivo, introducido con la reforma del Reglamento comunitario de concentraciones en 1997 y reforzado con posterioridad por la adopción del Reglamento de concentraciones de la Unión, es el objetivo de «ventanilla única», es decir, permitir el examen por la Comisión de una concentración notificada o notificable en varios Estados miembros, a fin de evitar la presentación de múltiples notificaciones.

174. El primer objetivo no se desprende de forma evidente del tenor de la exposición de motivos del Reglamento comunitario de concentraciones original. Sin embargo, el Tribunal General ha constatado que el mecanismo de remisión se introdujo inicialmente para perseguir este objetivo y las partes no discuten este punto. En cualquier caso, la falta de cualquier referencia a dicho objetivo en la exposición de motivos del Reglamento comunitario de concentraciones no es sorprendente, puesto que, como se ha explicado, su alcance y significado previstos inicialmente eran muy limitados. En efecto, en un primer momento solo se preveía que se aplicase de forma *temporal*, es decir, hasta que se ajustaran los umbrales de volumen de negocio, y de *manera excepcional*, debido a su alcance limitado, como manifestó expresamente el comisario de Competencia de esa época. [128]

[128] Sir Leon Brittan, nota 65, *op. cit.*, p. 42: «Esta disposición está definida de *manera restrictiva* y no permite a la Comisión analizar, *de forma general*, las concentraciones situadas por debajo del umbral, incluso si pretendiera *eludir de este modo el espíritu de la disposición sobre el umbral*» (el subrayado es mío). Véase, también, *ibidem*, «The Law and Policy of Merger Control in the EEC», *European Law Review*, 1990, p. 245.

175. En cambio, el segundo objetivo se menciona de modo expreso (y destacado) en la exposición de motivos tanto del Reglamento de 1997 como del Reglamento de concentraciones de la Unión.[129] Tampoco esto es sorprendente, teniendo en cuenta la importancia de los cambios introducidos en el mecanismo de remisión de que se trata.

176. Debo abordar ahora a la cuestión de si es posible identificar un tercer objetivo supuestamente perseguido por el artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión, consistente en colmar lagunas, permitiendo el control de las concentraciones situadas por debajo de los umbrales marcados por la Unión y de los umbrales nacionales. Según el Tribunal General, este objetivo es confirmado por el considerando 11 del Reglamento de concentraciones de la Unión, según el cual «las normas que regulan la remisión de las concentraciones de la Comisión a los Estados miembros y de los Estados miembros a la Comisión deben actuar como un mecanismo corrector eficaz».

177. A este respecto, considero que el Tribunal General interpretó erróneamente este considerando. La expresión «mecanismo corrector» no debe leerse aisladamente, sino en su propio contexto.

178. En primer lugar, ¿cuál es el objeto del considerando 11? Su contexto es importante. El considerando 8 precisa los principios básicos sobre el reparto de competencias entre la Comisión y las ANC. Los considerandos 9 y 10 versan sobre los umbrales de volumen de negocio previstos en el Reglamento de concentraciones de la Unión para que las concentraciones tengan «dimensión comunitaria». Por su parte, el considerando 12 se refiere a las concentraciones que no superan los umbrales de volumen de negocio establecidos en el Reglamento de concentraciones de la Unión, pero que están «sujetas a un examen bajo diferentes sistemas nacionales de control de concentraciones». Con respecto a esto último, el considerando 12 señala que «la notificación múltiple de una misma operación incrementa la inseguridad jurídica, el esfuerzo y los costes para las empresas y puede conducir a evaluaciones contradictorias» y, por este motivo, concluye que «se ha de desarrollar el sistema que permite a los Estados miembros remitir las concentraciones a la Comisión». Los considerandos 13 a 16 indican, a continuación, la cooperación que ha de establecerse con este fin entre la Comisión y las ANC, e ilustran el funcionamiento de los diversos mecanismos de remisión.

179. En mi opinión, este contexto sugiere que el considerando 11 se refiere a un mecanismo que tiene una función correctora de *reparto de competencias* entre la Comisión y las ANC. Dicho considerando no se refiere a la creación de «una competencia subsidiaria de la Comisión que le confiere la flexibilidad necesaria para alcanzar el objetivo de dicho Reglamento», como declaró el Tribunal General.[130]

180. La consideración anterior encuentra respaldo adicional, primero, en el hecho de que dicho considerando no figuraba en el Reglamento comunitario de concentraciones original, sino que se introdujo en el Reglamento de concentraciones de la Unión. En efecto, la utilidad del mecanismo de remisión a efectos del reparto de asuntos entre las distintas autoridades, todas ellas competentes para examinar una determinada concentración, únicamente se planteó en 1997 y cobró después mayor importancia en 2004.

[129] Véase, en especial, el considerando 10 del Reglamento de 1997 y los considerandos 11, 12 y 14 del Reglamento de concentraciones de la Unión.

[130] Como se indica en el apartado 142 de la sentencia recurrida.

181. En efecto, el apartado 94 del Libro Verde de 2001 confirma que «para que el apartado 3 del artículo 22 funcione como un mecanismo correct[or] aplicable con carácter general *al problema de las notificaciones múltiples*, es muy probable que la modificación del sistema no debería limitarse al Reglamento de concentraciones». [131] Este apartado permite extraer dos conclusiones. En primer lugar, que la expresión «mecanismo corrector» del considerando 11 del Reglamento de concentraciones de la Unión se refiere al problema singular de las notificaciones múltiples, y no a la cuestión más general de las deficiencias inherentes a un régimen de control de las concentraciones basado en umbrales. Además, el problema de las notificaciones múltiples surge únicamente porque las concentraciones pueden estar *sujetas* a varios regímenes nacionales de control de las concentraciones, y no porque *escapen* a tales regímenes. En segundo lugar, la utilización del artículo 22 para remediar el problema de las notificaciones múltiples es una cuestión que exigía debate y modificaciones legislativas y, por tanto, no fue la finalidad inicial de tal artículo. En consecuencia, utilizar el artículo 22 para remediar otros problemas más generales también requeriría debates y modificaciones.

182. La lectura del considerando 11 en su totalidad aporta una confirmación adicional de las consideraciones anteriores. De conformidad con dicho considerando, «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». Cabe extraer dos inferencias de este texto. En primer lugar, la alusión al principio de subsidiariedad y a la protección adecuada de la competencia de los Estados miembros confirma el alcance limitado del mecanismo de remisión: únicamente persigue remediar situaciones en las que la competencia se vea afectada *a escala local*. En segundo lugar, la referencia a la seguridad jurídica y al principio de «ventanilla única» también da a entender que los mecanismos de remisión persiguen sustituir los diversos procedimientos nacionales por un procedimiento centralizado, lo que presupone que las concentraciones en cuestión alcancen los umbrales nacionales.

183. Por tanto, sigue sin convencerme la interpretación del Tribunal General del considerando 11 del Reglamento de concentraciones de la Unión. Tampoco me convence el hecho de que el Tribunal General se base en los considerandos 6 y 24 del Reglamento de concentraciones de la Unión, en la medida en que se refieren al control efectivo de *todas* las concentraciones.

184. También en este caso, cuando dichos considerandos se leen en su totalidad y en su contexto pertinente, se aprecia con bastante claridad que la palabra «todas» no significa que cada una de las operaciones de concentración que tenga lugar en el mundo, siempre que suscite un problema de competencia en algún Estado miembro, deba estar sujeta a un control «efectivo» con arreglo al Reglamento de concentraciones de la Unión. A tenor del considerando 6, «por consiguiente, es preciso un instrumento jurídico específico que permita un control efectivo de todas las concentraciones desde el punto de vista de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad y que sea el único instrumento aplicable a estas concentraciones». Asimismo, conforme al considerando 24, «el presente Reglamento debe permitir un control efectivo de todas las concentraciones desde el punto de vista de su efecto sobre la competencia en la Comunidad».

131 El subrayado es mío.

185. Varios elementos textuales de dichos considerandos contradicen claramente la tesis de que se refieren al mecanismo de remisión que nos ocupa. En primer lugar, no «todas las concentraciones» pueden controlarse en virtud del Reglamento de concentraciones de la Unión: a menos que se alcancen los umbrales establecidos en tal Reglamento, normalmente la concentración deberá ser examinada por otras autoridades de la competencia (de los Estados miembros de la Unión y/o de terceros Estados). En segundo lugar, con respecto a las concentraciones que —si se siguiera la teoría de la Comisión— entrarían en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones de la Unión «por la puerta trasera» (es decir, aquellas sobre las que, en principio, ni la Comisión ni la correspondiente ANC tienen competencia), no cabe afirmar que dicho Reglamento sea «el único instrumento aplicable a estas concentraciones». Efectivamente, el artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión permite procedimientos paralelos ante la Comisión (cuando una o más ANC lo solicitan) y ante una o varias ANC (las que no se sumen a la solicitud de remisión). En tercer lugar, con arreglo al artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión, la Comisión no examina las concentraciones «desde el punto de vista de su efecto sobre la competencia *en la Comunidad*», como indican los considerandos 6 y 24,[132] sino solo en los territorios de los Estados miembros que presentan la solicitud de remisión (artículo 22, apartados 1 y 5, del Reglamento de concentraciones de la Unión). En efecto, los órganos jurisdiccionales de la Unión han interpretado sistemáticamente la expresión «todas las concentraciones» que figura en la exposición de motivos del Reglamento de concentraciones de la Unión en el sentido de que se refiere a las «de dimensión comunitaria».[133]

186. Sin embargo, si así es, se plantea una pregunta: ¿a qué se refiere la palabra «todas» en el contexto de dichos considerandos? La respuesta se halla, de nuevo, en el tenor de dichos considerandos y se ve confirmada por su historia y finalidad. Las expresiones contenidas en tales considerandos proceden del séptimo considerando del Reglamento comunitario de concentraciones original[134] y tienen por objeto dejar absolutamente claro que, conforme a la normativa sobre las concentraciones, todas las concentraciones se analizarán «desde el punto de vista de su *efecto sobre la competencia*». Esta aclaración, que puede ciertamente parecer obvia y por tanto innecesaria en la actualidad, no era en absoluto superflua en la época de la adopción del Reglamento comunitario de concentraciones. En efecto, otra razón por la que se estancaron, durante muchos años, las negociaciones en el seno del Consejo fue la notable diferencia de opiniones entre los diversos Estados miembros sobre los criterios que la Comisión debía emplear para decidir si autorizaba o no una concentración. Mientras que la Comisión y numerosos Estados miembros eran partidarios de un análisis basado exclusivamente en la defensa de la competencia, ciertos Estados miembros se oponían a esta idea, por entender que las concentraciones debían examinarse también a la luz de otras consideraciones y, en particular, teniendo en cuenta razones de política industrial. Prevaleció finalmente la primera tesis y se llegó al compromiso de incluir en el Reglamento la llamada cláusula alemana (que en ese momento era el artículo 21, apartado 3, del Reglamento comunitario de concentraciones, y actualmente es el artículo 21, apartado 4, del

132 El subrayado es mío.

133 Véase, entre otras, la sentencia de 4 de marzo de 2020, Marine Harvest/Comisión (C-10/18 P, EU:C:2020:149), apartado 108 y jurisprudencia citada. Véase también la sentencia de 12 de diciembre de 2012, Electrabel/Comisión (T-332/09, EU:T:2012:672), apartado 246.

134 Dicho considerando tenía el siguiente tenor: «Considerando que, por consiguiente, es preciso crear un instrumento jurídico nuevo, en forma de Reglamento, que haga posible un control efectivo de todas las operaciones de concentración en función de su efecto sobre la estructura de la competencia en la Comunidad y que sea el único aplicable a tales concentraciones».

Reglamento de concentraciones de la Unión), que concedía cierta facultad de intervención residual a los Estados miembros. [135] La jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión parece confirmar mi interpretación de este considerando. [136]

187. En consecuencia, en mi opinión, no procede que el Tribunal General se base, en este contexto, en los considerandos 6, 11 y 24. Con un análisis más detenido, se observa que en las exposiciones de motivos de los tres Reglamentos de concentraciones no hay ninguna alusión a la función de colmar lagunas que se atribuye al artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión ni es posible deducir esta función de tales exposiciones de motivos. El silencio sobre este extremo es bastante significativo, habida cuenta del impacto potencialmente extraordinario que esta disposición tendría en el funcionamiento de un régimen de control de las concentraciones que: i) se «basa en el principio de un reparto preciso de competencias entre [la Comisión y las autoridades nacionales]» [137] y ii) cuyo ámbito de aplicación está «[limitado] mediante umbrales cuantitativos». [138]

188. Dicho esto, otra cuestión que se suscita en este contexto es si el objetivo de colmar lagunas que le atribuye el Tribunal General es coherente con los objetivos generales del Reglamento de concentraciones de la Unión.

ii) Límites de la apreciación teleológica del Tribunal General (II)

189. En el apartado 140 de la sentencia recurrida, el Tribunal General analizó la exposición de motivos del Reglamento de concentraciones de la Unión y llegó a la conclusión de que el objetivo de colmar lagunas atribuido al mecanismo de remisión en cuestión es conforme con «el objetivo de dicho Reglamento[, que] es permitir un control efectivo de todas las concentraciones que afecten de forma significativa a la estructura de la competencia en la Unión». [139]

190. Encuentro dos problemas principales en este análisis. El Tribunal General no tuvo en cuenta algunos elementos fundamentales de la exposición de motivos e interpretó erróneamente determinados considerandos.

191. Primero, el Tribunal General subrayó reiteradamente el objetivo del Reglamento de concentraciones de la Unión de garantizar un control *efectivo* de las concentraciones, llegando hasta el punto de referirse a él como «*el* objetivo», es decir, el único.

192. A mi juicio, no cabe duda de que el objetivo de garantizar un control efectivo de las concentraciones es la propia razón de ser del Reglamento y, por consiguiente, su importancia se subraya en la exposición de motivos del Reglamento de concentraciones de la Unión. Sin embargo, no puede ser el *único* objetivo o, en otras palabras, ese objetivo no existe en el vacío. De

135 De conformidad con esa disposición, no obstante la competencia exclusiva de la Comisión de examinar las concentraciones comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones de la Unión, «los Estados miembros podrán adoptar las medidas pertinentes para proteger intereses legítimos distintos de los considerados en el presente Reglamento que sean compatibles con los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario».

136 Véase, en este sentido, la sentencia de 7 de septiembre de 2017, Austria Asphalt (C-248/16, EU:C:2017:643), apartado 21. Véanse también las sentencias de 25 de marzo de 1999, Gencor/Comisión (T-102/96, EU:T:1999:65), apartado 314, y de 22 de septiembre de 2021, Altice Europe/Comisión (T-425/18, EU:T:2021:607), apartado 299.

137 Véase la sentencia de 22 de junio de 2004, Portugal/Comisión (C-42/01, EU:C:2004:379), apartado 50, y el considerando 8 del Reglamento de concentraciones de la Unión.

138 Véase el considerando 9 del Reglamento de concentraciones de la Unión.

139 Véase, en particular, el apartado 140 de la sentencia recurrida.

hecho, el artículo 2 del Reglamento de concentraciones de la Unión dispone que las «concentraciones contempladas en el presente Reglamento se evaluarán con arreglo a los *objetivos* del presente Reglamento». [140]

193. Efectivamente, el objetivo de permitir un control *efectivo* de las concentraciones va acompañado de otros objetivos, algunos de ellos especialmente pertinentes en el presente asunto. El primero de estos objetivos, que es resultado de los prolongados y (me atrevería a decir) acalorados debates que condujeron finalmente a la adopción del Reglamento comunitario de concentraciones, tras casi veinte años de negociaciones en el seno del Consejo, es establecer un sistema en el que la competencia esté *repartida* entre la Comisión y las ANC. [141] El segundo objetivo consiste en establecer, en el ámbito de la Unión, un sistema eficiente basado en el principio de ventanilla única: la Comisión tiene competencia exclusiva para examinar las concentraciones notificadas con arreglo al Reglamento de concentraciones de la Unión, sin que se requieran notificaciones adicionales en el Estado miembro, y las autoridades nacionales ya no pueden aplicar sus leyes nacionales de competencia a tales operaciones. [142] El tercer objetivo consiste en establecer un sistema eficiente y previsible que pueda ofrecer seguridad jurídica a las empresas afectadas. [143] El propio Tribunal General también alude, en el apartado 226 de la sentencia recurrida, a los «objetivos fundamentales de eficacia y de celeridad que subyacen [al Reglamento de concentraciones de la Unión]» y a la intención del legislador de la Unión de «establecer una clara distribución de las intervenciones de las autoridades nacionales y de la Unión».

194. Mientras que los dos primeros objetivos mencionados en el punto anterior son, por razones obvias, características específicas del régimen de la Unión de control de las concentraciones, el tercero no lo es. En efecto, todo sistema de control de las concentraciones existente a nivel mundial busca alcanzar un equilibrio entre realizar un examen efectivo de la competencia y evitar costes y retrasos innecesarios tanto para las partes de la concentración como para la propia administración pública. [144] A fin de garantizar dicho equilibrio, la normativa sobre concentraciones se basa por lo general en umbrales en virtud de los cuales se seleccionan las operaciones que han de analizarse, e impone a las autoridades plazos específicos para llevar a cabo su evaluación. Así pues, es imposible exagerar la importancia que revisten la previsibilidad y la seguridad jurídica, especialmente para las partes de la concentración. Las empresas potencialmente sujetas a obligaciones de notificación y suspensión necesitan conocer, con un grado de confianza relativamente alto, si la operación propuesta será sometida a un examen en materia de competencia, qué autoridades llevarán a cabo el examen y el momento en que cabe esperar una respuesta definitiva de dichas autoridades. [145]

140 El subrayado es mío. En efecto, la doctrina jurídica también consideró que el Reglamento comunitario de concentraciones era un instrumento que persigue varios objetivos; véase, por ejemplo, Navarro Varona y otros, *Merger Control in the EU: Law, Economics and Practice*, 1.ª ed., Oxford University Press, 2001, pp. 1 a 5.

141 Véanse las referencias al principio de subsidiariedad en los considerandos 6, 8, 11 y 14. Véase también el considerando 8, *in fine*: «Las concentraciones no cubiertas por el presente Reglamento son, en principio, competencia de los Estados miembros».

142 Véanse las referencias al principio de ventanilla única en los considerandos 8 y 11, a la «competencia exclusiva» de la Comisión en el considerando 17 y a los consiguientes límites a la actuación de los Estados miembros en los considerandos 18 y 19.

143 Véanse las referencias a la eficiencia en los considerandos 14, 15 y 16, a la previsibilidad en el considerando 15 y a la seguridad jurídica en los considerandos 11, 25 y 34. Véase asimismo el Libro Verde de 1996, apartado 29. En la doctrina jurídica, véase, en particular, Blaise, J. B., «Concurrence — Contrôle des opérations de concentration», *Revue trimestrielle de droit européen*, 1990, p. 743; y Venit, J., «The "merger" control regulation: Europe comes of age … or Caliban's dinner», *Common Market Law Review*, 1990, p. 44.

144 En el mismo sentido, Whish, R. y Bailey, D., *Competition Law*, 8.ª ed., Oxford University Press, 2018, pp. 832 y 833.

145 Véase, en general, Irarrazabal Philippi, F., «Merger control procedure», *Global Dictionary of Competition Law*, Concurrences, art. n.º 12342.

195. Esto es cierto, como se ha indicado, a nivel mundial. Sin embargo, es aún más cierto en el caso de las concentraciones que pueden ser examinadas en la Unión. No solo porque en la Unión coexisten varias autoridades de control (la Comisión y las ANC) —con todo lo que ello entraña en términos de complejidad—, sino también porque, a diferencia de lo que sucede en la inmensa mayoría de los regímenes de control de concentraciones del mundo, el Reglamento de concentraciones de la Unión impone a las partes una *prohibición mundial de cerrar la operación*. Esto implica que la ejecución de la operación notificada debe suspenderse, en principio, *en su totalidad* hasta que la Comisión adopte una decisión final. Las partes de la concentración no pueden, en consecuencia, acelerar la ejecución de la operación, por ejemplo, manteniendo segregados determinados activos, unidades o negocios locales hasta que se conceda la aprobación pendiente. Los costes y riesgos impuestos a las partes de la concentración son, por tanto, aún más significativos, por lo que tales empresas han de estar en condiciones de adoptar las precauciones oportunas al respecto.

196. Para ello, como ha declarado el Tribunal de Justicia, el Reglamento de concentraciones de la Unión «contiene también disposiciones cuyo objetivo es limitar, en aras de la seguridad jurídica y del interés de las empresas afectadas, la duración de los procedimientos de examen de las operaciones que incumben a la Comisión». En efecto, el legislador de la Unión «se propuso garantizar el control de las operaciones de concentración en plazos compatibles tanto con las exigencias de una buena administración como con las del tráfico mercantil». [146]

197. A la luz de lo anterior, estoy de acuerdo en que el objetivo principal del Reglamento de concentraciones de la Unión es garantizar la eficacia del sistema (entendida como la capacidad para identificar las concentraciones potencialmente perjudiciales). Sin embargo, esta eficacia no puede lograrse en detrimento de la consecución satisfactoria de los demás objetivos del Reglamento. Así pues, las referencias contenidas en la exposición de motivos a la «eficacia» no pueden inducir al intérprete a ampliar al máximo el ámbito de aplicación y la finalidad de las disposiciones del Reglamento de concentraciones de la Unión, hasta el punto de que vayan más allá de la intención clara del legislador de la Unión, rompiendo el equilibrio cuidadosamente establecido por este entre los diversos objetivos.

198. En este contexto, ¿el objetivo de colmar lagunas del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión que la Comisión propugna y que el Tribunal General respalda es coherente con los demás objetivos antes descritos y con el equilibrio alcanzado entre ellos? En mi opinión, la respuesta a esta pregunta es un no rotundo. Estimo que la interpretación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión adoptada por el Tribunal General es contraria a los tres objetivos mencionados en el punto 193 de las presentes conclusiones y puede romper el equilibrio que el legislador de la Unión buscaba alcanzar entre ellos.

199. En primer lugar, el «*sandwich* de competencias» que resultaría de la interpretación del Tribunal General del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión —Comisión (grandes concentraciones)/ANC (concentraciones situadas por debajo de los umbrales del Reglamento de concentraciones de la Unión, pero por encima de los umbrales nacionales)/Comisión (concentraciones situadas por debajo de los

[146] Sentencia de 22 de junio de 2004, Portugal/Comisión (C-42/01, EU:C:2004:379), apartados 51 y 53. Véanse también las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Cementbouw Handel & Industrie/Comisión (C-202/06 P, EU:C:2007:255), punto 44.

umbrales nacionales)— parece difícilmente compatible con un sistema que, como señaló el Tribunal de Justicia, «se basa en el principio de un reparto preciso de competencias entre las autoridades [de control] nacionales y [de la Unión]». [147]

200. Esta interpretación resulta también extraña cuando se analiza a la luz del principio de subsidiariedad, un principio que mencionan al menos cuatro considerandos del Reglamento de concentraciones de la Unión. [148] Se trata de un Reglamento que —en las palabras del comisario de Competencia de la época— representó «un excelente ejemplo de cómo puede ponerse en práctica [dicho principio]». [149] La subsidiariedad es un principio que, explicado en términos sencillos, tiene un efecto principalmente descendente, es decir, en un asunto de competencia compartida, tiende a trasladar la competencia sobre una determinada acción en sentido descendente hacia los Estados miembros. [150] Naturalmente, en algunas circunstancias, este principio puede producir también un efecto ascendente, elevando la competencia a la Unión cuando una determinada acción, por su dimensión o efectos, parezca más eficaz si se lleva a cabo en el ámbito de esta. No obstante, me pregunto si no es contraria a la lógica de la subsidiariedad una situación en la que la competencia sobre una actuación (aquí, examinar una concentración) se confiere a una institución de la Unión (en este caso, la Comisión), precisamente porque un Estado miembro ha considerado que la dimensión o los efectos de las situaciones de ese tipo *no son suficientemente significativos* para justificar una actuación a nivel nacional.

201. En segundo lugar, las partes no discuten que una de las consecuencias resultantes de la interpretación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión adoptada por el Tribunal General consiste en que las empresas que deseen tener la certeza de que un proyecto de concentración no pueda ser impugnado por la Comisión después de su ejecución, aun cuando dicha concentración no sea notificable en ningún lugar de la Unión y no esté sujeta a ninguna obligación de suspensión, tendrían que: i) suspender temporalmente la ejecución, y ii) comunicar la concentración (potencialmente) a todos los Estados de la Unión y del EEE/AELC (en total, más de treinta autoridades nacionales diferentes), a fin de que empiece a correr el plazo de quince días laborables previsto en el artículo 22, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento de concentraciones de la Unión.

202. En este contexto, parece importante añadir que, según la Comisión, la comunicación de las partes de la concentración a las autoridades nacionales de que se trate debe contener todos los datos e información que dichas autoridades necesiten para determinar si se cumplen los dos requisitos materiales previstos en el artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión, a saber, que la concentración afecte al comercio entre Estados miembros y que amenace con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado miembro en cuestión. No obstante, me parece evidente que la evaluación cabal de estos requisitos no es tarea sencilla, y menos aún en solo quince días laborables. Por tanto, es probable

147 Véase la sentencia de 22 de junio de 2004, Portugal/Comisión (C-42/01, EU:C:2004:379), apartado 50. Véanse también el considerando 8 («las concentraciones no cubiertas por el presente Reglamento son, en principio, competencia de los Estados miembros») y el considerando 9 («conviene definir el ámbito de aplicación del presente Reglamento […] y limitarlo mediante umbrales cuantitativos a fin de cubrir aquellas concentraciones que revistan dimensión comunitaria»).

148 Véase la nota 141.

149 Sir Leon Brittan, «Subsidiarity in the Constitution of the EC», *Robert Schuman Lecture*, European University Institute, 1992, p. 12.

150 Artículo 5 TUE, apartado 3, párrafo primero: «En virtud del principio de subsidiariedad, […] la Unión intervendrá solo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión».

que las notificaciones informales dirigidas a las autoridades nacionales deban ser, en muchos casos, bastante elaboradas y detalladas, y por tanto no difieran mucho de las que normalmente se requieren en una notificación formal.

203. En la práctica, esto significa que las empresas que vayan a realizar una operación que, en principio, no esté comprendida en ninguno de los regímenes de control de concentraciones de la Unión podrían verse finalmente abocadas a presentar notificaciones informales a *todas* las autoridades nacionales, simplemente para evitar un futuro uso del mecanismo de remisión que podría tener, desde su punto de vista, consecuencias dramáticas.

204. Además, si una ANC no competente para examinar una concentración presenta una solicitud de remisión, activando así el mecanismo de remisión, y una o varias ANC que, en cambio, son competentes para examinarla deciden no sumarse a la solicitud, el mecanismo de remisión podría tener el efecto de *multiplicar* los procedimientos que se desarrollan de manera paralela. En efecto, los procedimientos ante las ANC competentes coexistirían con el procedimiento adicional ante la Comisión, que no habría existido de no ser por el mecanismo de remisión.

205. Lo anterior pone de manifiesto que la interpretación del Tribunal General del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión supondría introducir una excepción de amplio alcance al principio de ventanilla única, difícilmente compatible con uno de los principales objetivos del citado Reglamento, y sería también contraria a la finalidad que perseguía el legislador de la Unión cuando modificó el artículo 22 en 1997 y 2004.

206. En tercer lugar —y este es el aspecto más problemático, a mi juicio—, el procedimiento o los procedimientos que resultarían de una interpretación amplia del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión difícilmente serían eficaces, previsibles y susceptibles de garantizar seguridad jurídica a las partes.

207. Cabe señalar, antes de nada, que es evidente y la Comisión no discute que, a menos que las partes de la concentración tomen medidas positivas para comunicar a las treinta autoridades nacionales la existencia de una concentración no notificable, no podrán tener ninguna seguridad jurídica acerca de *si* se solicitará a la Comisión, en algún momento futuro, examinar la concentración sobre la base del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión y, de ser así, *dentro* de qué plazo.

208. La Comisión replica que las partes de la concentración *pueden*, no obstante, obtener seguridad jurídica si, como se ha indicado antes, comunican el proyecto de concentración a esas treinta autoridades mediante notificaciones informales. De este modo se «pondría en marcha el reloj» y, si no se presentase ninguna solicitud de remisión en quince días laborables, las partes podrían tener la certeza de que la concentración no será objeto de examen en la Unión.

209. Sin embargo, no estoy seguro de que esta manera de proceder ofrezca a las partes mucha mayor seguridad jurídica o, en cualquier caso, una seguridad jurídica *adecuada*. El problema principal radica en que se trata de un procedimiento informal que no está contemplado en ninguna disposición del Reglamento de concentraciones de la Unión ni, que yo sepa, en la legislación de los Estados miembros. Por tanto, las concentraciones no notificables no están sujetas ni a las normas de procedimiento nacionales ni a las establecidas en el propio Reglamento de concentraciones de la Unión. Es cierto que, en virtud del artículo 22, apartado 4, del Reglamento de concentraciones de la Unión, determinadas normas de dicho Reglamento son

aplicables al examen de tales concentraciones, pero únicamente *después* de que la Comisión haya aceptado la remisión. El período anterior a ese momento es una especie de «tierra de nadie» jurídica respecto a la cual la claridad y previsibilidad son muy escasas.

210. Por ejemplo, ¿quién está facultado para iniciar el procedimiento informal? ¿Solo deben estar facultadas las partes de la concentración o también los terceros (por ejemplo, los competidores de las partes de la concentración)? El tenor del artículo 22, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento de concentraciones de la Unión apunta a esta última opción. De ser así, ¿puede la ANC efectuar una remisión al amparo del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión sobre la base de la información facilitada por estos terceros y, en su caso, sin oír a las partes de la concentración? Dado que dicha autoridad solo dispone de quince días laborables para adoptar una decisión, no cabe descartar que la situación sea tratada superficialmente. ¿Qué sucede si esa información es inexacta o incompleta? Para las partes de la concentración, las consecuencias resultantes de una evaluación errónea, por una autoridad nacional, de los requisitos materiales de una remisión pueden ser significativas.

211. La Comisión opina, sin embargo, que el plazo no empieza a correr hasta que las ANC dispongan de información *suficiente* para realizar el análisis exigido por el artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión. Ahora bien, esto significa que el plazo de quince días laborables puede resultar ilusorio, ya que a menudo puede ser dilatado (y posiblemente lo será) por una o varias autoridades a través de peticiones de información, impidiendo así que las partes de la concentración dispongan de un plazo previsible.

212. Además, en el Reglamento de concentraciones de la Unión no puede encontrarse ninguna indicación del tipo y grado de detalle de la información que se espera que las partes de la concentración recojan en sus notificaciones informales. Indudablemente, las partes pueden tomar como modelo los formularios oficiales de la Unión (modificados recientemente: formulario CO, formulario CO abreviado, formulario EM y formulario RM).[151] Ahora bien, ni siquiera la Comisión llegó hasta el punto de sugerirlo. Ello habría implicado, evidentemente, que el procedimiento de notificación del Reglamento de concentraciones de la Unión podría aplicarse *de facto* a concentraciones no notificables. En la vista, la Comisión propuso en cambio que las partes podrían inspirarse en la información que, con arreglo al artículo 14 del Reglamento de mercados digitales,[152] las empresas definidas como guardianes de acceso deben proporcionar a la Comisión cuando pretendan realizar determinadas operaciones de concentración. No obstante, aparte de lo insólito que resulta proponer a las partes que busquen orientación en un instrumento normativo diferente, adoptado después del Reglamento de concentraciones de la Unión y aplicable únicamente a algunos sectores económicos específicos, no estoy seguro de que la información enumerada en dicho instrumento sea suficiente a efectos del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión.

213. Cabe señalar además un detalle pequeño pero importante: ¿en qué lengua debe comunicarse esta información? La Comisión afirmó que sería adecuada cualquier lengua que el personal de la autoridad nacional competente entienda habitualmente (por ejemplo, el inglés). No acierto a comprender en qué se basa la Comisión para sostener esta opinión. En cualquier caso, dudo que

151 Véase el Reglamento de Ejecución (UE) 2023/914 de la Comisión de 20 de abril de 2023 por el que se aplica el Reglamento (CE) n.º 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas y se deroga el Reglamento (CE) n.º 802/2004 de la Comisión (DO 2023, L 119, p. 22).

152 Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (DO 2022, L 265, p. 1).

las autoridades nacionales acepten llevar a cabo un análisis bastante complejo, en un plazo muy ajustado, basándose en un documento (posiblemente con algunos anexos) redactado en una lengua extranjera.

214. Habida cuenta de las consideraciones expuestas, considero que la interpretación teleológica del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión que efectuó el Tribunal General es errónea, por ser incompatible con varios objetivos que el régimen de control de las concentraciones establecido en dicho Reglamento pretende alcanzar y porque puede romper el equilibrio entre tales objetivos previsto por el legislador de la Unión. El Tribunal de Justicia no ha pasado por alto la importancia de dicho equilibrio. En su reciente sentencia Comisión/CK Telecoms UK Investments, por ejemplo, el Tribunal de Justicia declaró que «el imperativo de celeridad que caracteriza la sistemática general del [Reglamento de concentraciones de la Unión]» es de tal importancia que incluso una concentración perjudicial se considerará aprobada si la Comisión no adopta una decisión en el plazo establecido para ello. [153]

5) Otras consideraciones acerca de la interpretación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión

215. Por último, explicaré brevemente por qué la interpretación del Tribunal General del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión plantea, a mi juicio, una serie de problemas sistémicos cuando se tienen en cuenta varios principios generales del Derecho de la Unión.

216. Es importante destacar, de entrada, que la interpretación del Tribunal General de esta disposición provoca una ampliación muy significativa del ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones de la Unión y de la competencia de la Comisión. [154] De un plumazo, en virtud de una interpretación original del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión, la Comisión adquiere la competencia de examinar casi cualquier concentración que se realice en cualquier lugar del mundo, al margen del volumen de negocio de las empresas, de su presencia en la Unión y del valor de la operación, y en cualquier momento, incluso mucho después de la conclusión de la concentración. Este extremo está claro y no se discute. De hecho, cuando se le formuló en la vista una pregunta específica a este respecto, la Comisión confirmó que, en teoría, es cierto. No obstante, añadió que, en la práctica, no ocurriría así, puesto que la Comisión no tiene ningún interés en hacer un uso frecuente de esa competencia y, por tanto, actuará con disciplina a este respecto. En opinión de la Comisión, la concentración controvertida presentaba ciertas características específicas que la diferenciaban de la inmensa mayoría de las demás concentraciones que podían entrar en el ámbito de aplicación del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión.

217. Ahora bien, el presente asunto no trata únicamente de la aplicación de esa facultad de examen (posiblemente nueva) a la concentración controvertida. En efecto, el Tribunal de Justicia ha de interpretar, por primera vez, el significado y el ámbito de aplicación del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión, que es potencialmente aplicable a un número indefinido de casos. La postura de la Comisión no puede dejar de suscitar preocupación en relación con varios aspectos.

153 Sentencia de 13 de julio de 2023 (C-376/20 P, EU:C:2023:561), apartado 72 y jurisprudencia citada.

154 Tal como ha subrayado toda la doctrina: véase por ejemplo, Bushell, G., «Chapter II», en Jones, C. y Weinert, L. (eds.), *EU Competition Law*, vol. II, libro primero, Edward Elgar Publishing, 2021, p. 41.

218. En primer lugar, dudo que esta postura sea conforme con el principio de equilibrio institucional, un principio característico de la estructura institucional de la Unión, dimanante del artículo 13 TUE, apartado 2, que exige, en esencia, que cada una de las instituciones ejerza sus competencias respetando las de las demás. [155]

219. Uno de los elementos más fundamentales del Reglamento de concentraciones de la Unión consiste en el establecimiento de umbrales que, en virtud de su artículo 1, apartados 1 y 3, conllevan una obligación de notificación. Sin embargo, según la interpretación de la Comisión del artículo 22 del citado Reglamento, el valor de dichos umbrales e, indirectamente, de los umbrales y criterios establecidos en las legislaciones nacionales, es únicamente relativo. Podría ocurrir que una concentración no sea notificable *en ningún lugar* de la Unión, pero ello no excluiría en absoluto la posibilidad de que la Comisión pudiera reivindicar su competencia para examinarla con arreglo al artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión. [156]

220. No excluyo en absoluto que, en un mundo basado cada vez más en la «economía 2.0», pueda ser deseable, y quizás incluso necesario, modificar los actuales umbrales para el examen de las concentraciones. En este contexto, puede ser interesante observar que, muy recientemente, dos Estados miembros (Austria y Alemania) han modificado su legislación nacional para incluir umbrales basados en los valores de las operaciones. Otros Estados utilizan umbrales de competencia diferentes concebidos específicamente para permitir el examen de las concentraciones aun cuando la sociedad afectada no genere ingresos locales (como el «criterio de la cuota de suministro», en el caso del Reino Unido). Evidentemente, pueden estudiarse estas y otras opciones a efectos de modificar el Reglamento de concentraciones de la Unión. Pero es al legislador de la Unión, y no a la Comisión, a quien incumbe esta tarea.

221. En segundo lugar, la amplia interpretación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión que realiza el Tribunal General crea un potencial significativo de que surjan casos en los que se suscite un conflicto con el principio de territorialidad del Derecho de la Unión. Procede recordar que, de conformidad con el Derecho internacional, la aplicación del Derecho de la Unión requiere un vínculo adecuado con el territorio de la Unión. [157] Más en concreto, de las sentencias Intel y Gencor se desprende que el Derecho de la Unión en materia de competencia puede aplicarse legítimamente a la conducta de las empresas, con independencia del lugar en que se desarrolle, siempre que dicha conducta tenga efectos previsibles, inmediatos y sustanciales en la Unión («criterio de los efectos cualificados»). [158]

222. Coincido ciertamente con la Comisión en que los requisitos materiales establecidos en el artículo 22, apartado 1, del Reglamento de concentraciones de la Unión pueden, en principio, garantizar un vínculo adecuado con el territorio de la Unión. Sin embargo, ha de tenerse presente que, como se ha indicado, la comprobación de tales requisitos únicamente se efectúa *prima facie* y en un plazo especialmente ajustado (quince días laborables). Por consiguiente, no cabe excluir que, en virtud del artículo 22 del citado Reglamento, la Unión pueda invocar su competencia para examinar una concentración (con todo lo que entraña, incluida la activación inmediata de la

155 Véase, recientemente, la sentencia de 22 de noviembre de 2022, Comisión/Consejo (Adhesión al Acta de Ginebra) (C-24/20, EU:C:2022:911), apartado 83.

156 Ello es tanto más cierto si, como es mi caso, se considera que el procedimiento simplificado dispuesto en el artículo 1, apartados 4 y 5, del Reglamento de concentraciones de la Unión al efecto de modificar tales umbrales sigue siendo aplicable. Véanse las notas 125 y 126 de las presentes Conclusiones.

157 Véase, entre otras muchas, la sentencia de 24 de noviembre de 1992, Poulsen y Diva Navigation (C-286/90, EU:C:1992:453), apartado 28.

158 Sentencias de 6 de septiembre de 2017, Intel/Comisión (C-413/14 P, EU:C:2017:632), apartados 40 a 47, y de 25 de marzo de 1999, Gencor/Comisión (T-102/96, EU:T:1999:65), apartado 243.

obligación de suspender, a nivel mundial, cualquier acto de ejecución de dicha concentración) que posteriormente pueda resultar no producir efectos previsibles, inmediatos y sustanciales en el territorio del Estado miembro pertinente.

223. En tercer lugar, esta situación puede crear problemas a efectos del principio de *cortesía* internacional. Soy consciente de que los límites de dicho principio y sus repercusiones jurídicas son bastante difusos.[159] Sin embargo, me parece que cabe inferir de dicho principio, como mínimo, la obligación general de que los Estados *analicen*, antes de invocar su competencia sobre casos con un elemento extranjero significativo y una conexión nacional más bien débil, si la aplicación de su legislación podría tener el efecto de menoscabar la aplicación efectiva de la legislación de terceros Estados con un vínculo territorial más estrecho con tales casos. Esta interpretación del citado principio parece en gran medida coherente con las propuestas de otros ilustres Abogados Generales,[160] con los acuerdos internacionales de la Unión en esta materia[161] y con las conclusiones de otros órganos jurisdiccionales, en particular en materia de Derecho de la competencia.[162] En este contexto, me pregunto si la tesis de la Comisión acerca de su amplia competencia para examinar concentraciones con arreglo al artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión es plenamente conforme con el principio de cortesía internacional.

224. En cuarto lugar, la alegación de las recurrentes según la cual la interpretación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión que adoptó el Tribunal General contraviene los principios de igualdad y proporcionalidad no me parece infundada, como sostiene la Comisión. En efecto, las empresas con ventas reducidas o inexistentes en la Unión terminarían *de facto* en una situación considerablemente peor que la de las empresas que desarrollan actividades más significativas en la Unión.

225. Estas últimas pueden beneficiarse del sistema de ventanilla única prevista en el Reglamento de concentraciones de la Unión o, con carácter alternativo, solo tendrían que presentar una o varias notificaciones nacionales en los países en los que superasen los umbrales nacionales. El número de notificaciones puede calcularse por anticipado y las partes de la concentración conocen las autoridades que efectuarán el examen y el modo y plazo de dicho examen. En cambio, como se ha explicado antes, las empresas que son partes de concentraciones no notificables no tienen forma de predecir el destino de su concentración a menos que presenten, en el EEE, al menos treinta notificaciones informales, e incluso en tal caso, muchos aspectos del procedimiento, incluida su duración, siguen siendo inciertos.

159 Véanse las conclusiones del Abogado General Darmon presentadas en los asuntos acumulados Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 y 125/85 a 129/85, EU:C:1988:258), punto 57.

160 Véanse, por ejemplo, en lo que respecta al Derecho de la competencia, las conclusiones del Abogado General Wathelet presentadas en el asunto InnoLux/Comisión (C-231/14 P, EU:C:2015:292), puntos 39 a 42, y del Abogado General Wahl presentadas en el asunto Intel Corporation/Comisión (C-413/14 P, EU:C:2016:788), puntos 283 y 300; y, en otro contexto, las conclusiones del Abogado General Szpunar presentadas en el asunto Nikiforidis (C-135/15, EU:C:2016:281), punto 88.

161 Véanse, por ejemplo, el artículo I.2, letra b), y el artículo IV del Acuerdo, de 4 de junio de 1998, entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América sobre Observancia de los Principios de Cortesía Positiva en la Aplicación de sus Normas de Competencia (DO 1998, L 173, p. 28).

162 Véase, en particular, dictamen de la United States Supreme Court (Tribunal Supremo de Estados Unidos de América), *F. Hoffmann-La Roche, Ltd. v. Empagran S.A.* [124 S. Ct. 2359 (2004)].

226. A mi juicio, esta situación es problemática a la luz del principio de igualdad, que exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado.[163] Parece también imponer una carga desproporcionada, en términos de costes y riesgos, a las empresas que realizan operaciones y que, como se ha dicho, desarrollan una actividad más bien limitada en la Unión.[164]

227. En quinto lugar, el principio de efectividad no puede llevar a ampliar el ámbito de aplicación de la disposición en cuestión más allá de lo razonable y necesario a efectos del Reglamento comunitario de concentraciones. He expuesto mi opinión sobre esta cuestión en el punto 197 de las presentes conclusiones. Únicamente debo añadir un último elemento en este contexto: no me convence la alegación de la Comisión relativa a la necesidad de colmar una laguna en el ámbito de aplicación del Reglamento de concentraciones de la Unión.

228. Tal como ha declarado reiteradamente el Tribunal de Justicia —por última vez, en la sentencia Towercast—[165] los artículos 101 TFUE y 102 TFUE son aplicables a las concentraciones que no alcancen los umbrales establecidos en el Reglamento de concentraciones de la Unión (incluidas las que no alcancen los umbrales nacionales). Dichos artículos permiten que las ANC intervengan, *ex post*, con respecto a las concentraciones que resulten contrarias a la competencia. Es cierto que una intervención *ex post* suele ser, en comparación con un control *ex ante*, una alternativa de segundo orden. Sin embargo, las diferencias entre estas dos formas de control, tal como se desprende inequívocamente de los trabajos preparatorios, fueron un elemento que el legislador de la Unión tuvo debidamente en cuenta en el procedimiento que resultó en la adopción del Reglamento comunitario de concentraciones. Las consideraciones de la Comisión no pueden, en consecuencia, cuestionar las elecciones específicas realizadas por el legislador de la Unión.

229. Tampoco me convence el argumento esgrimido por la Comisión y por algunos de los gobiernos que han intervenido en el presente procedimiento, según los cuales el control con arreglo a los artículos 101 TFUE y 102 TFUE es ineficaz y requiere mucho tiempo.

230. Como el Tribunal de Justicia confirmó recientemente en la sentencia European Superleague Company, un abuso de posición dominante queda acreditado cuando un comportamiento tiene «como efecto real o potencial o como objeto impedir en una fase previa, mediante el establecimiento de barreras a la entrada o a través de otras medidas de bloqueo […], que empresas potencialmente competidoras puedan siquiera acceder a ese o a esos mercados imposibilitando, de ese modo, el desarrollo de la competencia en los mismos en detrimento de los consumidores, al limitar en esos mercados la producción, el desarrollo de productos o servicios alternativos o la innovación».[166] En mi opinión, la llamada adquisición asesina («killer acquisition») encaja perfectamente en esta descripción, ofreciendo un ejemplo paradigmático de un abuso de posición dominante «por el objeto».[167]

163 Véase, entre otras, la sentencia de 17 de diciembre de 2020, Centraal Israëlitisch Consistorie van België y otros (C-336/19, EU:C:2020:1031), apartado 85. Sobre la aplicación de ese principio en el presente contexto, véase *mutatis mutandis* el apartado 236 de la sentencia recurrida.

164 Tal como indicó Korah, V., puede resultar muy costoso para las empresas tratar con varias autoridades y facilitarles información, en varias lenguas, en diferentes formas y con plazos distintos, pero en todo caso breves (véase *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 8.ª ed., Hart, 2004, p. 356).

165 Sentencia de 16 de marzo de 2023 (C-449/21, EU:C:2023:207).

166 Sentencia de 21 de diciembre de 2023 (C-333/21, EU:C:2023:1011), apartado 131.

167 Véase, *mutatis mutandis*, United States Department of Justice and the Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 2010, sección 6.4.

231. Así pues, no creo sea necesaria una investigación excesivamente larga o compleja para constatar una infracción. Especialmente porque el examen *ex post* de una concentración consumada —una actividad que no es inusual en algunas jurisdicciones— [168] puede suponer ciertos inconvenientes, pero presenta también una ventaja importante: las autoridades no necesitan hacer ninguna *predicción* sobre el comportamiento futuro de las empresas. En efecto, al realizar su evaluación, la autoridad de la competencia puede examinar tanto las pruebas anteriores a la concentración (por ejemplo, para determinar la intención del adquirente y si esa empresa consideraba que la sociedad afectada constituía una amenaza factible para su posición en el mercado) como las pruebas *posteriores a la concentración*, que muestran lo que realmente sucedió en el mercado después de la adquisición (por ejemplo, para determinar si existen efectos apreciables en los precios, la producción y la innovación, o si las operaciones de la sociedad afectada cesaron o se redujeron significativamente). [169]

232. Ha de tenerse en cuenta asimismo que, al investigar potenciales incumplimientos de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, las ANC disponen de las facultades establecidas en la llamada Directiva ECN+. [170] De conformidad con tal Directiva, cuando se detecte una infracción, la autoridad competente no solo está facultada para imponer sanciones pecuniarias (artículos 13 a 16 de la Directiva), sino que también puede, en virtud del artículo 10, apartado 1, de esta, exigir a las empresas involucradas «que pongan fin a la infracción constatada. A tal efecto, [la autoridad podrá] imponer medidas correctoras estructurales o de comportamiento que sean proporcionadas a la infracción cometida y necesarias para producir el cese efectivo de la misma». Ello puede incluir, en casos de especial gravedad, la disolución total o parcial de la entidad objeto de la operación de concentración. [171] Asimismo, de conformidad con el artículo 11, apartado 1, de la citada Directiva, las ANC, «actuando de oficio pued[en], mediante decisión, ordenar la imposición de medidas cautelares a las empresas […], al menos en caso de urgencia justificada por el riesgo de que se produzca un perjuicio grave e irreparable a la competencia y sobre la base de la constatación *prima facie* de una infracción de los artículos [101 TFUE o 102 TFUE]». Tales medidas podrían adoptar la forma, por ejemplo, de órdenes de suspensión. [172]

233. En sexto lugar, el amplísimo ámbito de aplicación que el Tribunal General atribuye a una disposición que incuestionablemente constituye una excepción a lo dispuesto en el artículo 1 del Reglamento de concentraciones de la Unión contraviene el consolidado principio de interpretación según el cual las excepciones y salvedades al régimen general o a las normas generales de un instrumento jurídico deben interpretarse de modo estricto para que las normas generales no queden vaciadas de contenido. [173] De hecho, el Tribunal General ya consideró pertinente ese principio al interpretar el ámbito de aplicación del mecanismo de remisión previsto en el artículo 9 del Reglamento de concentraciones de la Unión. [174] No veo con claridad

168 Véase, con referencias, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), «Disentangling Consummated Mergers: Experiences and Challenges», *Competition Policy Roundtable Background Note*, 2022.

169 Sobre este tema, véase, por ejemplo, Ginsburg, D. H., y Wong-Ervin, K. W., «Challenging Consummated Mergers Under Section 2», *Competition Policy International*, mayo de 2020.

170 Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (DO 2019, L 11, p. 3). Sobre esa Directiva en general, véase Arsenidou, E., «The ECN+ Directive», en Dekeyser, K., y otros (eds.), *Regulation 1/2003 and EU Antitrust Enforcement — A Systematic Guide*, Wolters Kluwer, 2023, pp. 143 a 149.

171 Véanse las conclusiones de la Abogada General Kokott presentadas en el asunto Towercast (C-449/21, EU:C:2022:777), punto 63.

172 Sobre las medidas cautelares, véase, recientemente, OCDE, «Interim Measures in Antitrust Investigations», *Competition Policy Roundtable Background Note*, 2022.

173 Véase, por ejemplo, la sentencia de 28 de octubre de 2022, Generalstaatsanwaltschaft München (Extradición y *non bis in idem*) (C-435/22 PPU, EU:C:2022:852), apartado 119 y jurisprudencia citada.

174 Sentencia de 3 de abril de 2003, Royal Philips Electronics/Comisión (T-119/02, EU:T:2003:101), apartado 354.

las razones por las que, en la sentencia recurrida, decidió descartar la pertinencia de este principio de interpretación en relación con el mecanismo de remisión contemplado en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión. [175]

234. Sobre la base de las consideraciones anteriores, estimo que el Tribunal General incurrió en un error de Derecho en su interpretación y aplicación del artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión. Por esta razón, la sentencia recurrida debe anularse.

235. No obstante, si el Tribunal de Justicia no estuviera de acuerdo con mi apreciación del primer motivo, considero que debe desestimar los recursos de casación. A continuación, explicaré brevemente las razones por las que considero infundados los motivos de casación segundo y tercero de las recurrentes.

B. Segundo motivo: momento de presentación de la solicitud de remisión y obligación de la Comisión de actuar en un plazo razonable

236. El segundo motivo de casación de Illumina y Grail se refiere a la desestimación por el Tribunal General del segundo motivo invocado por Illumina en primera instancia, basado en la extemporaneidad de la solicitud de remisión y, con carácter subsidiario, en la violación de los principios de seguridad jurídica y de «buena administración». En particular, las recurrentes critican los apartados 190 a 211 de la sentencia recurrida, en los que el Tribunal General llegó a la siguiente conclusión:

«el concepto de "comunicación al Estado miembro en cuestión", previsto en su artículo 22, apartado 1, párrafo segundo, [del Reglamento de concentraciones de la Unión] debe interpretarse en el sentido de que exige una transmisión activa de información pertinente a dicho Estado miembro que le permita evaluar con carácter preliminar si se cumplen los requisitos para presentar una solicitud de remisión con arreglo a dicho artículo. En consecuencia, según esta interpretación, el plazo de quince días laborables previsto en esa disposición empieza a contar, cuando no se exija la notificación de la concentración, a partir del momento en que se transmita la información».

237. Las recurrentes impugnan también los apartados 240 y 242 a 245 de la sentencia recurrida, en los que el Tribunal General declaró, en particular, que: i) «[Illumina] no fue capaz de precisar de modo suficiente los supuestos "errores materiales significativos" de que adolecía la decisión impugnada y que ya viciaban la carta de invitación y que, por lo tanto, pudieron influir de manera decisiva en el contenido de la solicitud de remisión de la ACF», y que ii) «[las recurrentes] afectadas […] tuvieron varias ocasiones de expresar su punto de vista durante el procedimiento administrativo que dio lugar a la adopción de estas decisiones».

1. Alegaciones de las partes

238. Mediante su segundo motivo de casación, las recurrentes alegan que el Tribunal General cometió un error de Derecho i) al no extraer ninguna consecuencia jurídica de la conclusión acertada de que la Comisión tardó demasiado en enviar la carta de invitación a los Estados

[175] Véase el apartado 182 de la sentencia recurrida. El significado de este pasaje sigue siendo bastante oscuro para mí.

miembros en relación con la concentración controvertida, y ii) al concluir que la Comisión no había vulnerado el derecho de defensa de las partes durante el procedimiento que culminó con la adopción de las decisiones impugnadas.

239. La Comisión sostiene que este motivo de casación es infundado y, en parte, inadmisible.

2. Análisis

240. No me convencen las alegaciones de las recurrentes.

241. En primer lugar, no considero que el Tribunal General cometiera un error de Derecho al interpretar los términos «comunicación al Estado miembro en cuestión» contenidos en el artículo 22, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento de concentraciones de la Unión. Como indica el apartado 192 de la sentencia recurrida, una comparación entre las distintas versiones lingüísticas del Reglamento muestra que, para que se inicie el plazo de quince días laborables, no basta que la concentración sea anunciada públicamente en el Estado miembro de que se trate —por ejemplo a través de un comunicado de prensa o mediante cobertura mediática— [176] de modo que las autoridades competentes tengan conocimiento de ella. La citada disposición requiere, en cambio, una comunicación activa de la concentración a dichas autoridades. Esta interpretación me parece coherente con el objetivo de la disposición, que consiste en permitir que las autoridades efectúen un examen preliminar para evaluar si, *prima facie*, concurren los requisitos dispuestos en el artículo 22, apartado 1, párrafo primero, del Reglamento de concentraciones de la Unión. [177]

242. Las recurrentes, en mi opinión, no formularon ninguna alegación que pueda poner en duda esta interpretación del artículo 22, apartado 1, párrafo segundo, del Reglamento de concentraciones de la Unión.

243. En segundo lugar, aunque no me convence plenamente el marco jurídico aplicado por el Tribunal General para determinar las consecuencias resultantes de que la Comisión no enviara la carta de invitación en un plazo razonable, considero correcta la conclusión alcanzada en la sentencia recurrida.

244. A mi parecer, el núcleo de la cuestión no estriba en si las recurrentes podían demostrar que se vulneraron sus derechos de defensa como consecuencia de la demora en que incurrió la Comisión. El punto crucial consiste más bien en si las recurrentes podían aportar indicios suficientes de que, si no se hubiera cometido la irregularidad procedimental en cuestión, el resultado del procedimiento *podría* haber sido distinto.

245. Como expliqué en mis conclusiones presentadas en el asunto HSBC, la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales de la Unión parece distinguir entre dos tipos principales de errores procedimentales: las infracciones de los «requisitos sustanciales de forma», que acarrean *automáticamente* la nulidad del acto en cuestión, y las infracciones de otras normas de procedimiento, que están sujetas al «*criterio del error leve*». Esto significa que los errores procedimentales «ordinarios» dan lugar a la anulación del acto impugnado, salvo si el error puede considerarse inocuo, en el sentido de que no tuvo o no podía tener ningún efecto en el resultado del procedimiento. Es importante señalar que dicho criterio ha sido aplicado en tres

176 Véase, a este respecto, el apartado 203 de la sentencia recurrida.

177 Véase, a este respecto, el apartado 199 de la sentencia recurrida.

formas distintas, dependiendo de las características de la norma infringida: i) las infracciones de carácter grave y estructural generan una *presunción* (*iuris tantum*) de que el error ha influido en el resultado del procedimiento y la carga de refutar la presunción recae en la parte demandada; ii) los errores «ordinarios», que pueden haber influido o no en el resultado del procedimiento, respecto a los cuales el demandante ha de demostrar que, de no haberse cometido el error, el acto impugnado *podría* haber sido distinto, y iii) las irregularidades menos graves, que dan lugar a la anulación del acto en cuestión si los demandantes acreditan que, de no haberse producido el error, el resultado del procedimiento *habría* sido diferente. [178]

246. A la luz del tenor de la disposición pertinente (que no establece un plazo específico) [179] y del objetivo y la lógica del régimen de control de las concentraciones establecido por el Reglamento de concentraciones de la Unión (que persigue garantizar un control efectivo de las concentraciones potencialmente contrarias a la competencia mediante un sistema eficiente y previsible que pueda ofrecer seguridad jurídica a las empresas afectadas), [180] creo que la falta de actuación de la Comisión en un plazo razonable no puede considerarse una infracción de un requisito sustancial de forma y debe aplicarse el criterio ordinario de los errores procedimentales. [181]

247. Las recurrentes no han aportado, ni en las observaciones presentadas en primera instancia ni en el marco del presente procedimiento, ningún elemento concreto que pueda indicar que, si la Comisión hubiera actuado en un plazo razonable, su evaluación acerca de la posibilidad y procedencia de que la concentración controvertida fuera objeto de una remisión con arreglo al artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión *podría* haber sido diferente.

248. En cualquier caso, también estoy de acuerdo con la Comisión en que las recurrentes i) no invocaron expresamente en primera instancia la infracción de sus derechos de defensa, por lo que esta parte del motivo de casación es inadmisible, y ii) no demostraron, de modo suficiente, que su capacidad de ejercer sus derechos de defensa durante el procedimiento por el que se adoptaron las decisiones impugnadas se vio afectada negativamente. En lo que respecta al último punto, es cierto que las recurrentes aportaron una serie de elementos que sugieren que, frente a dichas empresas, la Comisión podría no haber actuado con el grado de transparencia e imparcialidad que cabe esperar normalmente de la administración pública. [182] Obviamente, esto es lamentable, ya que esta conducta puede afectar al modo en que el público percibe el funcionamiento de un servicio que —debido a las importantes facultades que se le han conferido — debería actuar sistemáticamente con la máxima imparcialidad y objetividad. Sin embargo, no es menos cierto que la conducta de la Comisión no privó a las recurrentes de la posibilidad de formular alegaciones de hecho y de Derecho durante el procedimiento iniciado en virtud del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión, con el fin de influir en su resultado.

249. Por las razones expuestas, procede desestimar el segundo motivo de casación.

178 Véanse, con referencias adicionales, mis conclusiones presentadas en el asunto HSBC Holdings y otros/Comisión (C-883/19 P, EU:C:2022:384), puntos 38 a 59.

179 Véase, a este respecto, el apartado 221 de la sentencia recurrida.

180 Véase, a este respecto, el apartado 226 de la sentencia recurrida.

181 Véase, por analogía, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia citada en el apartado 240 de la sentencia recurrida.

182 En particular, es difícil entender por qué la Comisión se puso en contacto con las recurrentes y posteriormente les informó de sus inquietudes, casi *tres meses* después de que la Comisión recibiera una denuncia sobre la concentración, pese a que la Comisión mantuvo, durante ese período, numerosos contactos con el denunciante, varias ANC, las autoridades de otros Estados miembros y la Autoridad de Defensa de la Competencia y de los Mercados del Reino Unido.

C. Tercer motivo: los principios de confianza legítima y seguridad jurídica

250. Mediante su tercer motivo de casación —relativo a los apartados 254 a 260 de la sentencia recurrida— Illumina y Grail critican al Tribunal General por haber desestimado el tercer motivo formulado por Illumina en primera instancia, basado en la violación de los principios de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica. En esos apartados, el Tribunal General únicamente analizó las alegaciones relativas a la confianza legítima, ya que las relativas a la seguridad jurídica no se habían formulado adecuadamente.

251. En cuanto al principio de protección de la confianza legítima, el Tribunal General declaró que los principales elementos invocados por Illumina no respaldaban «la existencia de la supuesta política de la Comisión en la que [se basó Illumina]», y no podía considerarse que constituían «garantías precisas, incondicionales y concordantes de la Comisión en relación con el tratamiento de la concentración controvertida».

1. Alegaciones de las partes

252. Las recurrentes consideran que la motivación de la sentencia recurrida adolece de varios errores de Derecho. En particular, alegan que el Tribunal General: i) distorsionó el sentido de la alegación formulada por Illumina en primera instancia acerca de la confianza legítima; ii) erró al considerar que únicamente puede existir confianza legítima si las garantías en las que se basó dicha confianza se referían específicamente a la concentración controvertida; iii) erró al valorar el significado del discurso de la Sra. Margrethe Vestager, vicepresidenta ejecutiva de la Comisión y comisaria de Competencia, pronunciado solo unos meses antes de que la Comisión enviara la carta de invitación,[183] y iv) no abordó sus alegaciones basadas en una violación del principio de seguridad jurídica.

253. La Comisión responde que el Tribunal General no cometió un error de Derecho en esta materia.

2. Análisis

254. Una vez más, aunque considero que algunos de los pasajes pertinentes de la sentencia recurrida no resultan convincentes, opino que el Tribunal General no erró al desestimar el tercer motivo de Illumina.

255. Antes de nada, conviene señalar que la alegación de las recurrentes de que el Tribunal General distorsionó el sentido de las alegaciones basadas en la confianza legítima no es convincente. Las recurrentes sostienen que la alegación de Illumina consistía en que la Comisión había generado una confianza en que no *promovería* solicitudes de remisión para las concentraciones inferiores a los umbrales nacionales, mientras que el Tribunal General examinó si la Comisión podía *aceptar* legalmente tales remisiones; esta argumentación me parece una discusión bizantina. Evidentemente, los dos aspectos son complementarios y es difícil separarlos.

[183] Discurso titulado «The Future of EU Merger Control» (Futuro del control de las concentraciones en la Unión), pronunciado en la 24.ª Conferencia Anual sobre Competencia de la Asociación Internacional de Colegios de Abogados, el 11 de septiembre de 2020.

256. El meollo de la alegación de las recurrentes era, en esencia, que no podían prever el repentino cambio de política de la Comisión con respecto a la interpretación del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión. Lo que realmente importa a este respecto es si las recurrentes podían creer legítimamente, por la información recibida de la Comisión, que su concentración no sería objeto de una remisión con arreglo al artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión. A mi parecer, carece de pertinencia si, en este contexto, la remisión en cuestión fue iniciada por una o varias ANC de oficio o porque la Comisión les invitara a ello.

257. Además, tampoco me convencen los argumentos de las recurrentes que reprochan al Tribunal General no haber examinado sus alegaciones relativas a la violación del principio de seguridad jurídica. Tras analizar sus observaciones presentadas en primera instancia, tengo que coincidir con el Tribunal General en que las recurrentes no habían formulado ninguna alegación específica a este respecto. En otras palabras, ninguna de sus alegaciones puede diferenciarse de las relativas a la confianza legítima, que el Tribunal General abordó expresamente en la sentencia recurrida.

258. Por otra parte, no creo que concurran, en el caso de autos, todos los requisitos para que una parte pueda invocar el principio de confianza legítima.

259. Es cierto que determinados pasajes de la sentencia recurrida son, en mi opinión, incorrectos. En el apartado 254 de dicha sentencia, el Tribunal General aludió a una línea jurisprudencial según la cual la información concreta, incondicional y concordante proporcionada por la administración puede generar confianza legítima siempre que, entre otras condiciones, dicha información «sea conforme con las normas aplicables». A continuación, en el apartado 265 de la sentencia recurrida, citando dicha jurisprudencia, el Tribunal General añadió que «en la medida en que del primer motivo se deduce que las decisiones impugnadas se basaban en una interpretación correcta del alcance de dicho artículo, la demandante no puede invocar la reorientación de la práctica decisoria de la Comisión».

260. No puedo estar de acuerdo con el Tribunal General a este respecto. La jurisprudencia citada por el Tribunal General (que, por lo que veo, se compone fundamentalmente de sus propias sentencias) no puede significar lógicamente que los justiciables solo pueden invocar la confianza legítima si las garantías proporcionadas por la administración cumplen las normas pertinentes. En efecto, si las garantías se atienen a la legislación aplicable, los justiciables no tendrían necesidad de invocar la protección de la confianza legítima: su posición estaría debidamente protegida por las mismas normas mencionadas por la administración. La razón de ser del principio de confianza legítima consiste, sin duda, en proteger a los justiciables que, sin culpa por su parte, se vean inducidos a error a causa de la interpretación de la legislación aplicable por parte de la administración.

261. A mi juicio, solo cabe aceptar esa línea jurisprudencial si se entiende en el sentido de que excluye la posibilidad de que los justiciables invoquen el principio de confianza legítima cuando una persona razonablemente prudente se percataría de que las garantías ofrecidas por la administración no cumplen las normas pertinentes. En consecuencia, si, en el caso de autos, las recurrentes recibieron efectivamente «garantías precisas, incondicionales y concordantes» de la Comisión, el hecho de que con posterioridad esta institución haya aplicado correctamente el artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión no puede impedir a estas empresas invocar una violación del principio de confianza legítima.

262. Dicho esto, coincido con el Tribunal General en que, en cualquier caso, tales garantías no pueden derivarse del discurso del Comisario al que se refieren las recurrentes. Como declaró acertadamente el Tribunal General, tanto el objeto del discurso (que «versaba sobre la política general de la Comisión en materia de concentraciones y no mencionaba la concentración controvertida») [184] como su esencia y contenido (que afirmaba que, en el pasado, «la Comisión había seguido una práctica que consistía en disuadir a las autoridades nacionales de remitir[le] concentraciones para cuyo examen no eran competentes») [185] excluyen que pudiera considerarse que dicho discurso proporcionase garantías «precisas, incondicionales y concordantes» en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. [186]

263. A la luz de las consideraciones anteriores, debe desestimarse también, en mi opinión, el tercer motivo de casación.

VI. Consecuencias de la apreciación: resolución del presente asunto

264. Conforme al artículo 61, párrafo primero, segunda frase, del Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en caso de anulación de la resolución del Tribunal General, el Tribunal de Justicia podrá resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita.

265. A mi juicio, así sucede manifiestamente en el presente procedimiento. El Tribunal General incurrió en error en su interpretación y aplicación del artículo 22 del Reglamento de concentraciones de la Unión. Esta disposición, interpretada correctamente, no faculta a la Comisión para adoptar decisiones como las impugnadas por las recurrentes en el presente procedimiento. Por tanto, estas decisiones deben ser anuladas.

266. No obstante, la solicitud de la ACF y el escrito informativo de la Comisión no pueden anularse porque: i) el primero de estos actos no fue impugnado en primera instancia [187] (además de que no es un acto de una institución de la Unión), y ii) el escrito informativo, aunque fue impugnado en primera instancia, fue considerado por el Tribunal General como un acto no susceptible de recurso. [188] Los pasajes pertinentes de la sentencia recurrida tampoco han sido impugnados por las recurrentes.

VII. Costas

267. A tenor de los artículos 138, apartado 1, y 184, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, la parte que haya visto desestimadas sus pretensiones será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Al haber solicitado las recurrentes la condena en costas de la Comisión y al haber sido estimados sus recursos de casación, debe condenarse a la Comisión a cargar con las costas del procedimiento.

268. De conformidad con los artículos 140 y 184, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, los Estados miembros que han intervenido en el procedimiento, el Órgano de Vigilancia de la AELC y Biocom cargarán con sus propias costas.

184 Véase, a este respecto, el apartado 260 de la sentencia recurrida.

185 Véase, a este respecto, el apartado 261 de la sentencia recurrida.

186 Véanse, por ejemplo, las sentencias de 20 de mayo de 2021, Riigi Tugiteenuste Keskus (C-6/20, EU:C:2021:402), apartado 49, y de 31 de marzo de 2022, Smetna palata na Republika Bulgaria (C-195/21, EU:C:2022:239), apartado 65.

187 Véase, a este respecto, el apartado 62 de la sentencia recurrida.

188 Véanse, a este respecto, los apartados 79 y 80 de la sentencia recurrida.

VIII. Conclusión

269. A la vista de cuanto antecede, propongo al Tribunal de Justicia que:

– Anule la sentencia del Tribunal General de 13 de julio de 2022, Illumina/Comisión (T-227/21, EU:T:2022:447).

– Anule la Decisión C(2021) 2847 final de la Comisión, de 19 de abril de 2021, por la que se estima la solicitud de la Autorité de la concurrence française (Autoridad de Defensa de la Competencia, Francia) de examinar la operación de concentración por la que Illumina, Inc. pretende adquirir el control exclusivo de Grail, Inc. (asunto COMP/M.10188 — Illumina/Grail), las Decisiones C(2021) 2848 final, C(2021) 2849 final, C(2021) 2851 final, C(2021) 2854 final y C(2021) 2855 final de la Comisión, de 19 de abril de 2021, por las que se estiman las solicitudes de las autoridades de defensa de la competencia de griega, belga, noruega, islandesa y neerlandesa de sumarse a la solicitud de remisión, y el escrito de la Comisión de 11 de marzo de 2021 por el que se informa a Illumina y Grail de la solicitud de remisión.

– Condene en costas a la Comisión.

– Condene a la República Francesa, al Reino de los Países Bajos, al Órgano de Vigilancia de la Asociación Europea de Libre Comercio y a Biocom California a cargar con sus propias costas.