



Acquisition de GRAIL par Illumina

Première utilisation de la nouvelle politique de renvoi de la Commission européenne et non-respect par les parties de leur obligation de suspension

18 novembre 2021

Comme nous l'annonçons dans **notre alerte d'octobre 2020**, la Commissaire européenne à la concurrence **Margrethe Vestager a annoncé**, fin septembre 2020, un changement de doctrine relatif aux renvois par les autorités nationales de concurrence (les ANC) à la Commission : cette dernière encourage désormais les ANC à lui renvoyer l'examen de certaines concentrations qu'elles estiment devoir être examinées au niveau de l'Union, « que ces autorités aient ou non le pouvoir de contrôler elles-mêmes la concentration ».

Cette nouvelle position, qui s'inscrit dans le cadre de l'article 22 du Règlement n°139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (ci-après, le Règlement), illustre la volonté de la Commission de contrôler les acquisitions d'acteurs cibles très innovants dont le chiffre d'affaires n'atteint pas les seuils de notification et qui ne sont peut-être pas, à ce jour, soumises au contrôle des concentrations. Le postulat de départ de la Commission est ainsi que les faibles chiffres

d'affaires ou les faibles parts de marché d'une entreprise ne reflètent pas toujours son importance actuelle ou potentielle future sur le marché.

La première mise en œuvre de la nouvelle doctrine de la Commission

Plébiscitée par un grand nombre d'ANC, cette réforme a été très favorablement accueillie par ces dernières, qui ont très tôt décidé d'en faire application.

En septembre 2020, Illumina, société spécialisée dans le développement, la fabrication et la commercialisation de séquenceurs génomiques, a **annoncé le rachat de GRAIL**, une société de soins de santé qui développe des tests de détection du cancer reposant sur des systèmes de séquençage de nouvelle génération (SNG).

C'est à la suite de l'annonce de ce rapprochement que l'autorité française de la concurrence, à laquelle

se sont ensuite jointes les autorités belge, grecque, islandaise, néerlandaise et norvégienne, a **effectué une demande de renvoi** à la Commission afin d'examiner l'opération envisagée à l'aune du Règlement. Les autorités nationales avançaient que l'opération présentait une menace pour la concurrence. En particulier, l'autorité française soutenait qu'à l'issue de l'opération, Illumina pourrait rendre l'accès à ses séquenceurs plus complexe pour les concurrents de GRAIL sur le secteur, en augmentant leur prix ou en dégradant leur qualité. De plus, l'autorité française a considéré que, compte tenu du poids d'Illumina dans le secteur des séquenceurs génomiques, une telle stratégie pourrait avoir des effets sensibles sur la concurrence dans le secteur des tests de dépistage du cancer.

On notera à cet égard que la demande de renvoi est intervenue avant même la publication, par la Commission, de ses **orientations sur l'application du mécanisme de renvoi** en mars 2021.

L'ouverture d'une Phase II par la Commission

La Commission a **accepté la demande de renvoi en avril 2021**, en mettant en particulier en exergue que l'importance concurrentielle de GRAIL ne se reflète pas dans son chiffre d'affaires (qui ne dépasse pas les seuils de notification), alors que la valeur de la transaction dépasse les 6 milliards d'euros (7,1 milliards de dollars américains).

L'opération a été notifiée en juin 2021 et, à l'issue de son enquête préliminaire, la Commission a **ouvert, le 22 juillet 2021, une enquête approfondie** (Phase II), craignant qu'à l'issue de l'opération Illumina (i) ne mette en œuvre des stratégies de verrouillage vertical des intrants, compte tenu de sa position dominante sur le marché des systèmes de SNG et (ii) soit incitée à évincer les concurrents de GRAIL, qui met au point des tests de dépistage du cancer basés sur les systèmes de SNG.

La Commission, estimant que les parties n'avaient pas fourni des informations essentielles aux fins de son appréciation de l'opération envisagée, a imposé, en août, un « stop-the-clock » arrêtant les délais légaux d'examen de l'opération pendant plus de 40 jours ouvrés. La Commission a maintenant

jusqu'au 4 février 2022 pour se prononcer sur l'opération.

L'annonce de la réalisation de l'opération par Illumina conduit à l'adoption de mesures provisoires inédites

La Commission ayant accepté la demande de renvoi, Illumina avait interdiction de réaliser la concentration jusqu'à son autorisation. En application du Règlement, l'obligation de suspension (*standstill*) est applicable aux parties sujettes à un renvoi au titre de l'article 22 du Règlement « pour autant que la concentration n'ait pas été réalisée à la date à laquelle la Commission informe les entreprises concernées qu'une demande a été déposée ». Dans le cas présent, il s'agissait du 11 mars 2021.

Pourtant, et alors que l'examen de l'opération par la Commission était toujours en cours, Illumina a **annoncé avoir procédé à l'acquisition de GRAIL**, tout en indiquant que « GRAIL restera une unité distincte et indépendante dans l'attente de l'examen réglementaire en cours par la Commission européenne ». Sans surprise, la Commission a **annoncé avoir ouvert une procédure d'enquête** afin de déterminer si la décision d'Illumina constitue une violation de son obligation de suspension.

“Cette obligation, que nous appelons l'obligation de suspension, est au cœur de notre système de contrôle des concentrations et nous prenons très au sérieux ses possibles violations.”

Communiqué de presse de la Commission du 20 août 2021

Par la suite, la Commission a **adressé aux parties une communication des griefs** les informant des mesures provisoires qu'elle entendait adopter à la suite de la violation présumée de l'obligation de suspension. Dernièrement, suite à l'audition des parties, la Commission a franchi une nouvelle étape

dans la procédure et **a adopté les mesures provisoires suivantes** :

- l'obligation, pour GRAIL, de rester distincte d'Illumina, ainsi que la nomination d'un ou de plusieurs gestionnaires indépendants chargés de garantir la séparation des activités, dans l'intérêt de GRAIL exclusivement ;
- l'interdiction, pour les parties, de s'échanger des informations commerciales confidentielles, sauf si leur divulgation est requise par la loi ou s'impose dans le cadre normal de leurs relations fournisseur-client ;
- l'obligation pour Illumina d'apporter les fonds supplémentaires nécessaires en vue de l'exploitation et du développement de GRAIL ;
- l'obligation pour les parties d'interagir dans le cadre de conditions de concurrence normales entre elles (c'est-à-dire l'obligation pour Illumina de ne pas indûment favoriser GRAIL au détriment de ses concurrents) ; et
- l'obligation pour GRAIL de rechercher activement d'autres solutions que l'opération en question afin de se préparer en cas d'interdiction, par la Commission, de l'opération.

La bonne exécution des mesures provisoires imposées, qui sont contraignantes pour les parties, sera suivie de près par un mandataire qui devra être agréé par la Commission.

Ces mesures sont inédites : c'est la première fois que la Commission adopte des mesures provisoires à la suite de la réalisation anticipée d'une concentration soumise à son examen.

Les sanctions en cas de violation de l'obligation de suspension peuvent être sévères

Illumina et GRAIL s'exposent à des astreintes jusqu'à concurrence de 5% de leur chiffre d'affaires journalier moyen et/ou à une amende pouvant aller jusqu'à 10% de leur chiffre d'affaires mondial en cas de non-respect des mesures provisoires enjointes. Elles pourraient également être condamnées au paiement d'une amende à hauteur de 10% de leur

chiffre d'affaires mondial si la Commission conclut à la violation de l'obligation de suspension.

Les sanctions pour défaut de notification et/ou réalisation anticipée d'une opération de concentration sont relativement rares. Pour autant, lorsqu'elles sont imposées, le montant des amendes peut être très élevé. Dans la mesure où, **selon la Commission**, un tel comportement compromet « l'efficacité [du] système de contrôle des concentrations », les amendes doivent être suffisamment dissuasives.

L'une des affaires les plus emblématiques est la décision Altice/PT Portugal de 2018, où la Commission **avait infligé une amende de 125 millions d'euros à Altice** pour avoir procédé à l'acquisition de PT Portugal avant d'y avoir été autorisée et, en partie, avant même d'avoir notifié l'opération. Cette décision a par ailleurs été **largement confirmée par le Tribunal de l'Union européenne** en septembre 2021.

Le Tribunal a suivi le raisonnement de la Commission, selon lequel les dispositions de l'accord de vente donnaient à Altice la possibilité d'exercer une influence déterminante sur PT Portugal, avant même que la Commission n'ait rendu sa décision d'autorisation (et dans certains cas, avant même que l'opération n'ait été notifiée à la Commission). En outre, il a confirmé qu'Altice était intervenue dans la gestion quotidienne de PT Portugal, et que des informations sensibles concernant PT Portugal avaient été échangées (**voir, à cet égard, notre alerte** pour plus d'informations). Le Tribunal a également considéré que la Commission était en droit d'imposer des amendes distinctes pour défaut de notification et réalisation de l'opération avant son autorisation, dès lors que ces pratiques constituent deux violations distinctes, en application des **arrêts du Tribunal et de la Cour** dans l'affaire Marine Harvest.

On peut également noter l'affaire Canon/Toshiba, dans laquelle la **Commission a sanctionné Canon à hauteur de 28 millions d'euros** pour violation de l'obligation de notification et de suspension, ou encore l'affaire Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône, où la Commission a retenu une violation de l'obligation de suspension à l'occasion d'une prise de contrôle *de facto* par Electrabel en 2003, dont la Commission a eu connaissance dans le cadre d'une

acquisition postérieure, et **la condamnant à une amende de 20 millions d'euros** six ans plus tard.

Côté français, l'Autorité de la concurrence n'est pas en reste puisqu'elle a également **sanctionné solidairement Altice et le groupe SFR en 2016 à hauteur de 80 millions d'euros** pour réalisation anticipée de deux opérations de concentrations. En 2012, l'Autorité avait également **condamné la société Copagef SA, à la tête du groupe Castel, à une amende de 4 millions d'euros** pour défaut de notification, et **la chaîne de magasins Colruyt à hauteur de 392 000 euros** sur le même motif.

Autre rebondissement : Illumina conteste le renvoi au titre de l'article 22 du Règlement

Illumina a, dès le 28 avril 2021, **introduit un recours devant le Tribunal de l'Union européenne** visant à annuler (i) la demande de renvoi de l'Autorité de la concurrence, (ii) les décisions de la Commission aux autres ANC acceptant de se joindre à la demande de renvoi, (iii) la décision de la Commission se déclarant

compétente pour examiner la concentration et (iv) la décision de la Commission informant Illumina de la demande de renvoi et lui interdisant de réaliser la concentration.

Le recours d'Illumina est fondé sur quatre moyens : (i) le défaut de compétence de la Commission, fondée sur une interprétation erronée de l'article 22, (ii) le renvoi tardif de l'opération par l'autorité française, (iii) le changement de politique de la Commission, qui porte atteinte à la confiance légitime d'Illumina et à la sécurité juridique et (iv) les erreurs de fait et d'appréciation mettant en cause le fondement de la décision de la Commission d'examiner la concentration.

Le jugement du Tribunal (tout comme les décisions de la Commission au sujet de l'enquête sur le respect de l'obligation de suspension et l'examen de la concentration en elle-même) est très attendu. Il pourrait lever un certain nombre d'incertitudes demeurant dans le cadre de la nouvelle politique relative à l'article 22, s'agissant en particulier du délai « raisonnable » dans lequel les ANC peuvent effectuer une demande de renvoi d'une opération à la Commission lorsque celle-ci n'atteint pas les seuils de notification.

Contacts



Florence Ninane
Partner
Tel +33 1 40 06 55 23
florence.ninane@allenoverly.com



Noémie Bomble
Associate
Tel +33 1 40 06 53 60
noemie.bomble@allenoverly.com

Allen & Overy est une structure internationale d'avocats d'affaires qui compte près de 5,600 personnes, dont environ 580 associés, présents dans 40 bureaux à travers le monde. La liste à jour des bureaux d'Allen & Overy est disponible sur allenoverly.com/global/global_coverage.

Allen & Overy signifie Allen & Overy LLP et/ou ses entreprises affiliées. Allen & Overy LLP est un limited liability partnership enregistré en Angleterre et au pays de Galles sous le numéro OC306763. Allen & Overy LLP est autorisé et réglementé par la Solicitors Regulation Authority d'Angleterre et du Pays de Galles.

Le terme « associé » désigne un membre d'Allen & Overy LLP ou l'un de ses salariés ou consultants ayant un statut et des qualifications équivalents ou un individu ayant un statut équivalent dans l'une des sociétés affiliées d'Allen & Overy. Une liste des membres d'Allen & Overy LLP et des personnes non-membres ayant la qualité d'associé peut être consultée à notre siège social One Bishops Square, London E1 6AD.

© Allen & Overy LLP 2021. Ce document est destiné à des fins d'information générale uniquement et ne vise pas à fournir un conseil juridique ou professionnel. | EUO3: 2006339737.2