



Affaires

CONCURRENCE

967

No-Go de la Commission européenne sur le rapprochement entre Illumina et Grail dans le secteur des biotechnologies

POINTS-CLÉS → La Commission européenne s'est opposée à une opération de rapprochement entre deux biotechs américaines, alors même que l'opération ne franchissait pas les seuils de notification requis dans l'UE → Mis en œuvre pour la première fois à cette fin, le mécanisme de renvoi de l'article 22 du règlement n° 139/2004 est contesté par les parties, auxquelles la Commission reproche en outre la mise en œuvre anticipée de l'opération. Mais rien n'est encore joué !



Virginie Coursière-Pluntz,

avocat associé [PDGB](#)

Jeanne Cousin,

juriste [PDGB](#)

Le rapprochement à 7,1 milliards, pourtant déjà mis en œuvre par les deux biotechs, a été refusé le 6 septembre 2022 par la Commission européenne (ci-après : « la Commission ») (*Comm. UE, communiqué IP/22/5364, 6 sept. 2022, Concentrations : la Commission interdit l'acquisition de GRAIL par Illumina*), cette dernière jugeant que l'acquisition de la start-up Grail entraverait l'innovation et réduirait le choix dans le domaine des tests sanguins permettant la détection précoce des cancers (*Bruxelles retoque une fusion entre deux biotechs américaines : Les Echos, 6 sept. 2022*).

Un peu de contexte. - Illumina et Grail sont deux groupes américains. Grail est une start-up de santé qui développe des tests de détection du cancer reposant sur des systèmes de séquençage de nouvelle génération. Illumina est une multinationale de la génomique et un fournisseur de premier plan de systèmes de séquençage de nouvelle génération pour l'analyse génétique et génomique.

La controverse sur la compétence de la Commission.

- La Commission n'avait en principe pas la compétence pour se saisir du contrôle de l'opération. En effet, les chiffres d'affaires des groupes Illumina et Grail n'atteignaient pas, dans l'Union européenne, les seuils de notification fixés par le règlement n° 139/2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises (ci-après « le règlement », *Cons. UE, règl. (CE) n° 139/2004, 20 janv. 2004 : JOUE n° L 24, 29 janv. 2004, p. 1*).

C'était sans compter sur la vigilance d'un concurrent, qui a alerté la Commission sur la concentration projetée par une plainte. Compte tenu de l'importance du groupe Grail pour la concurrence sur le marché européen, la Commission, qui n'avait pas le pouvoir de s'auto-saisir, a sollicité les autorités de concurrence des États membres afin qu'elles lui renvoient le dossier sur le fondement de l'article 22 du règlement (le mécanisme de l'article 22 du règlement visait à l'origine à permettre aux États membres qui ne disposaient pas d'un régime national de contrôle des

concentrations de demander l'examen de certaines opérations sensibles par la Commission. Mécanisme peu usité, puisque tous les États membres (à l'exception du Luxembourg) s'étaient ultérieurement dotés d'un tel contrôle. Dans ses orientations concernant l'application du mécanisme de renvoi de l'article 22 publiées le 31 mars 2021 (*Comm. UE, orientations concernant l'application du mécanisme de renvoi établi à l'article 22 du règlement sur les concentrations à certaines catégories d'affaires 2021/C 113/01, C/2021/1959 : JOUE n° C 113, 31 mars 2021, p. 1*), et conformément aux souhaits formulés par la commissaire Vestager le 11 septembre 2020, la Commission a annoncé qu'elle accepterait désormais d'examiner les demandes de renvoi présentées par les autorités nationales de concurrence au titre de cet article, y compris lorsque les opérations de concentration en cause ne franchiraient les seuils nationaux de notification d'aucun État membre, et ce dès lors que les conditions fixées par cet article sont remplies). Mise en œuvre pour la première fois, cette disposition permet aux États membres de demander à la Commission de contrôler une opération qui ne remplit ni les seuils de contrôle européens ni les seuils de contrôle nationaux, mais qui présente un risque d'affectation significative du commerce entre États membres ou de la concurrence sur le territoire d'un État membre. Ainsi, en mars 2021, sur incitation de la Commission, l'Autorité de la concurrence française, suivie de plusieurs autres États membres (Belgique, Grèce, Islande, Pays-Bas, Norvège) a procédé à une demande de renvoi, qui a été favorablement accueillie par la Commission en avril 2021 (*Comm. UE, communiqué MEX/21/1846, 20 avr. 2021, Concentrations : Commission chargée d'évaluer le projet d'acquisition de GRAIL par Illumina*). Illumina a immédiatement contesté la compétence de la Commission pour connaître de leur opération auprès du Tribunal de l'Union européenne. En juillet 2022, le Tribunal a rejeté le recours et confirmé la compétence de la Commission (*TUE, 13 juill. 2022, aff. T-227/21, Illumina c/ Commission*). Les sociétés Grail et Illumina ont fait savoir qu'elles feraient appel de la décision devant la Cour de justice de l'Union européenne.



Le premier domino est posé. De fait, si la Cour accueille favorablement l'appel d'Illumina et réfute la compétence de la Commission, l'opération ne relèvera d'aucun régime de contrôle dans l'Espace économique européen. En conséquence de quoi, toutes les décisions prises par la Commission dans le dossier (qu'il s'agisse de l'interdiction de l'opération ou de l'imposition de mesures correctives provisoires liées au constat d'une mise en œuvre anticipée) tomberont.

Le risque de sanction lié à la mise en œuvre anticipée de l'opération. - En parallèle, la Commission reproche à Illumina d'avoir mis en œuvre l'opération, sans attendre la décision l'y autorisant. Cette pratique de mise en œuvre anticipée, dite de « gun-jumping », est prohibée par l'article 7 du règlement et sévèrement sanctionnée depuis plusieurs années.

Par conséquent, en octobre 2021, la Commission a adressé une communication des griefs alléguant qu'Illumina avait procédé à l'acquisition de Grail alors que l'enquête approfondie était toujours en cours, et a adopté une décision de mesures provisoires (sur le fondement de l'article 8, § 5 du règlement) à mettre en œuvre immédiatement sous peine d'astreinte (Comm. UE, communiqué IP/21/5661, 29 oct. 2021, Concentrations : la Commission adopte des mesures provisoires pour prévenir toute atteinte à la concurrence à la suite de l'acquisition anticipée de GRAIL par Illumina) :

- concernant la mise en œuvre anticipée de l'opération : l'enquête de la Commission relative au « gun-jumping » est tou-

jours en cours. Si la Commission devait conclure qu'Illumina et Grail ont procédé à l'opération avant la conclusion de son enquête approfondie, elle pourrait infliger une amende pouvant aller jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires annuel mondial de chaque groupe ;

- concernant les mesures provisoires imposées à Illumina et Grail : 5 mesures provisoires ont été imposées aux parties, dont l'objectif était de rétablir et maintenir les conditions de l'exercice d'une concurrence effective pendant la période transitoire précédant l'adoption d'une décision finale au fond. C'est à nouveau une première pour la Commission, qui n'avait jusqu'ici jamais fait usage de ce pouvoir...

Le 1^{er} décembre 2021, Illumina introduisait un deuxième recours devant le Tribunal de l'Union européenne contre la décision de mesures provisoires du 29 octobre 2021 (TUE, 1^{er} déc. 2021, aff. T-755/21, Illumina c/ Commission).

Le No-Go sur l'opération et ses conséquences. - Par une décision du 6 septembre 2022 faisant suite à une enquête approfondie ouverte en juillet 2021 (Comm. UE, communiqué IP/21/3844, 22 juill. 2021, Concentrations : la Commission ouvre une enquête approfondie sur le projet d'acquisition de GRAIL par Illumina), la Commission a finalement mis son veto à l'acquisition de Grail par Illumina.

Selon la Commission, le rapprochement entre les deux biotechs présente trop de risques pour l'innovation et la variété de l'offre sur le marché émergent des tests sanguins de détection précoce du cancer, préoccupations pour lesquelles Illumina

n'a pas proposé de mesures correctives suffisantes.

La Commissaire européenne à la concurrence Vestager a annoncé qu'elle allait proposer prochainement à sa direction générale l'adoption d'une décision imposant la cession de Grail, ainsi que l'adoption de nouvelles mesures provisoires pour traiter des questions à court terme (pour voir son allocution du 6 septembre 2022 : <https://audiovisual.ec.europa.eu/en/video/1-229602>). L'obligation de débouclage de l'opération ne devrait pas être suspendue par le (troisième) recours devant le Tribunal de l'Union européenne qu'Illumina a d'ores et déjà annoncé. Illumina et Grail devront donc établir d'autres stratégies si elles souhaitent poursuivre leur coopération.

Le dossier Illumina/Grail promet ainsi de devenir l'un des dossiers fleuves du droit de la concurrence !

Mais tous les espoirs restent permis pour les deux biotechs. Parallèlement à la procédure européenne, le juge administratif américain vient de valider, le 1^{er} septembre 2022, l'opération précédemment refusée par la Federal Trade Commission (FTC). Il est à noter que la FTC peut encore faire appel de cette décision, ce qui sera probablement le cas (« "The F.T.C. competition staff can appeal the administrative law judge's decision to the full commission. That is the likely next step", said William Kovacic, a law professor at George Washington University. "I doubt this is the last round in the Illumina case", Mr. Kovacic said » : <https://www.nytimes.com/2022/09/01/technology/illumina-grail-ftc.html>).

Affaire à suivre !

