L’acquisizione *GRAIL/Illumina* e le misure provvisorie della Commissione confermano la *policy* di contrasto alle pratiche di *gun jumping*

23/02/2022

DIRITTO EUROPEO E DELLA CONCORRENZA, FARMACEUTICO E LIFE SCIENCES, PROSPETTIVE

Roberto A. Jacchia
Marco Stillo

In data 29 ottobre 2021, la Commissione Europea ha adottato delle misure provvisorie per ripristinare e mantenere delle condizioni di concorrenza effettiva a seguito dell'acquisizione anticipata della *GRAIL* da parte di *Illumina* in violazione dell’obbligo di *standstill* previsto dal Regolamento europeo sulle concentrazioni[1].

Notificata in data 16 giugno 2021, la concentrazione rappresenta il primo caso di rinvio *ex* articolo 22[2] del Regolamento

[1] Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese, GUUE L 24 del 29.01.2004. L’articolo 7 del Regolamento, intitolato “Sospensione della concentrazione”, al paragrafo 1 dispone: “*... Una concentrazione di dimensione comunitaria, quale è definita all'articolo 1, o che è destinata ad essere esaminata dalla Commissione a norma dell'articolo 4, paragrafo 5, non può essere realizzata prima di essere notificata, né prima di essere stata dichiarata compatibile con il mercato comune da una decisione adottata a norma dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), o dell'articolo 8, paragrafo 1 o paragrafo 2, ovvero sulla base della presunzione di cui all'articolo 10, paragrafo 6...*”.

[2] L’articolo 22 del Regolamento (CE) n. 139/2004, intitolato “Rinvio alla Commissione”, al paragrafo 1 dispone: “*... Uno o più Stati membri possono chiedere alla Commissione di esaminare qualsiasi*

sulle concentrazioni dopo la pubblicazione dei nuovi Orientamenti per agevolare l'applicazione del meccanismo di rinvio da parte delle Autorità Nazionali garanti della Concorrenza (ANC) anche nei casi in cui l'operazione non è soggetta a notifica a norma della legislazione dello Stato o degli Stati Membri interessati[3]. La stessa era stata oggetto di un'indagine approfondita avviata dalla Commissione in data 22 luglio 2021 per valutarne l'idoneità a ridurre la concorrenza nel mercato emergente dello sviluppo e della commercializzazione di *test* di nuova generazione per l'individuazione del cancro basati su tecnologie di sequenziamento (*next generation sequencing systems*, NGS)[4].

Il 18 agosto 2021, tuttavia, mentre la revisione della transazione era ancora in corso, la *Illumina* aveva annunciato pubblicamente di aver completato l'acquisizione della *GRAIL*. Di conseguenza, in data 20 settembre 2021 la Commissione aveva inviato alle due imprese una Comunicazione degli addebiti informandole dei provvedimenti cautelari che intendeva adottare in risposta alla loro presunta violazione dell'obbligo di *standstill* e per prevenire un pregiudizio potenzialmente irreparabile alla concorrenza.

Più particolarmente, la Commissione ha deciso che i) *Illumina* e *GRAIL* non potranno condividere informazioni commerciali riservate a meno che la loro divulgazione non sia necessaria, ii) gli eventuali affari tra le due imprese non dovranno favorire indebitamente la *GRAIL* a scapito dei suoi *competitors*, iii) la *GRAIL* dovrà essere mantenuta separata dalla *Illumina* e dovrà attivarsi per ricercare soluzioni alternative alla concentrazione in vista dell'ipotesi in cui quest'ultima non venga autorizzata, e iv) la *Illumina* dovrà stanziare ulteriori fondi necessari per il funzionamento e lo sviluppo della *GRAIL*. Tali misure, di cui è evidente la complessità e la pervasività, ed il cui rispetto verrà monitorato da un *trustee* approvato dalla Commissione, sono giuridicamente vincolanti per entrambe le imprese, e saranno applicabili durante un periodo provvisorio in attesa dell'esito finale dell'indagine approfondita sulla concentrazione da parte della Commissione.

La decisione della Commissione è la prima di questo genere. La Commissione, infatti, non aveva mai adottato provvedimenti cautelari o provvisori a seguito del completamento di una concentrazione ancora allo stadio di indagine. Come comunicato il 20 agosto 2021, la Commissione ha continuato ad indagare se la decisione di *Illumina* e *GRAIL* di completare l'operazione in attesa dell'esito della notifica costituisca una violazione delle norme europee in materia di concentrazione, che potrebbe comportare l'irrogazione di sanzioni fino al 10% del fatturato annuo delle parti a livello mondiale[5].

---

concentrazione, secondo la definizione dell'articolo 3, che non ha dimensione comunitaria ai sensi dell'articolo 1 ma incide sul commercio fra Stati membri e rischia di incidere in misura significativa sulla concorrenza nel territorio dello Stato o degli Stati membri che presentano la richiesta.
La richiesta va presentata al più tardi entro 15 giorni lavorativi dalla data in cui la concentrazione è stata notificata o, se non è prescritta la notificazione, resa nota in altro modo allo Stato membro interessato...".

[3] Com. Comm. C(2021) 1959 final del 31.03.2021, *Orientamenti della Commissione sull'applicazione del meccanismo di rinvio di cui all'articolo 22 del regolamento sulle concentrazioni per determinate categorie di casi*. Per ulteriori informazioni si veda il nostro precedente contributo, disponibile al seguente LINK.

[4] Per ulteriori informazioni si veda il nostro precedente contributo, disponibile al seguente LINK.

[5] L'articolo 14 del Regolamento sulle concentrazioni, intitolato "Ammende", al paragrafo 2 dispone: "*... La Commissione può, mediante decisione, infliggere alle persone di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera b), o alle imprese interessate ammende fino a concorrenza del 10 % del fatturato totale realizzato dall'impresa interessata, quale definita all'articolo 5, quando intenzionalmente o per negligenza:*

Pur dovendo assumere una decisione sulla transazione entro il 4 febbraio 2022, la Commissione ha deciso di sospendere temporaneamente le indagini in attesa che le società forniscano ulteriori informazioni. Di conseguenza, è lecito attendersi che, nei prossimi mesi, la vicenda si arricchirà di nuovi capitoli, anche e soprattutto alla luce della decisione di *Illumina* di rivolgersi al Tribunale dell'Unione in data 1 dicembre 2021 per chiedere l'annullamento della decisione della Commissione in quanto essa i) non rientrerebbe nelle sue competenze, in quanto l'articolo 7 del Regolamento sulle concentrazioni non sarebbe applicabile, ii) le disposizioni relative ai finanziamenti sarebbero sproporzionate, e iii) la decisione riserverebbe un trattamento sproporzionato ai preesistenti obblighi contrattuali della *Illumina*[6].

Infine, gli sviluppi della vicenda *GRAIL/Illumina* mostrano una sempre più ferma posizione di *policy* da parte della Commissione, alla quale le ANC degli Stati Membri con quasi certezza si allineeranno, nel senso di contrastare con misure fortemente dissuasive tutti i fenomeni di *gun jumping*.

a) omettano di notificare una concentrazione conformemente all'articolo 4 e all'articolo 22, paragrafo 3, prima della sua realizzazione, a meno che vi siano espressamente autorizzate dall'articolo 7, paragrafo 2, o mediante decisione adottata a norma dell'articolo 7, paragrafo 3,
b) realizzino una concentrazione violando l'articolo 7,
c) realizzino una concentrazione dichiarata incompatibile con il mercato comune mediante una decisione adottata in applicazione dell'articolo 8, paragrafo 3, o non si conformino alle misure ordinate con decisione presa in applicazione dell'articolo 8, paragrafo 4 o 5,
d) non osservino una condizione o un onere imposti mediante decisione in forza dell'articolo 6, paragrafo 1, lettera b), dell'articolo 7, paragrafo 3, o dell'articolo 8, paragrafo 2, secondo comma...".

[6] Causa T-755/21, *Illumina/Commissione*.



Roberto A. Jacchia

PARTNER

r.jacchia@dejalex.com

+39 02 72554.1

Via San Paolo 7
20121 - Milano



Marco Stillo

ASSOCIATE

m.stillo@dejalex.com

+32 (0)26455670

Chaussée de La Hulpe 187
1170 - Bruxelles

MILANO
Via San Paolo, 7 · 20121 Milano, Italia
T. +39 02 72554.1 · F. +39 02 72554.400
milan@dejalex.com

ROMA
Via Vincenzo Bellini, 24 · 00198 Roma, Italia
T. +39 06 809154.1 · F. +39 06 809154.44
rome@dejalex.com

BRUXELLES
Chaussée de La Hulpe 187 · 1170 Bruxelles, Belgique
T. +32 (0)26455670 · F. +32 (0)27420138
brussels@dejalex.com

MOSCOW
Ulitsa Bolshaya Ordynka 37/4 · 119017, Moscow, Russia
T. +7 495 792 54 92 · F. +7 495 792 54 93
moscow@dejalex.com