



Bezint eer ge begint! Lessen uit het mislukte Illumina-GRAIL huwelijk

November 2023

Een startup bracht nog geen product op de markt en heeft geen omzet in de EER. Bij de overname van de startup komt er niettemin een verzoek van de Europese Commissie om die overname bij haar aan te melden voor voorafgaande goedkeuring. Wat te doen?

Even verduidelijken.

In 2020 wilde Illumina, een gevestigd biotechnologiebedrijf, het veelbelovende GRAIL overnemen, een bedrijf actief op het vlak van vroegtijdige kankerdetectie. Op het ogenblik van de overname had GRAIL nog geen product op de markt gebracht en had het geen omzet in de EER. Een aanmelding van de voorgenomen concentratie bij de Europese Commissie of een EU-lidstaat leek dus niet aan de orde. Toch kreeg Illumina in 2021 een verzoek van de Commissie om de transactie aan te melden.

De verklaring hiervoor is te vinden in artikel 22 van de EU Concentratiecontroleverordening. Deze bepaling voorziet dat de Commissie een transactie kan onderzoeken als nationale mededingingsautoriteiten dat vragen, wanneer die transactie (i) de handel tussen de lidstaten beïnvloedt en (ii) in significante mate negatieve gevolgen dreigt te hebben voor de mededinging op het

• • • contrast • • • •

grondgebied van de verzoekende lidstaat of lidstaten. En dat zelfs wanneer die transactie niet voldoet aan de nationale drempels voor concentratiecontrole.

Recent moedigt de Commissie zo'n verwijzingsverzoeken aan. Zij wil daarmee vooral killer acquisities voorkomen, waarbij gevestigde spelers innovatieve startups overnemen om zo toekomstige concurrenten vroegtijdig uit te schakelen. Killer acquisities ontsnapten vaak aan de aanmeldingsplicht, omdat startups typisch geen of een lage omzet hebben, waardoor de aanmeldingsdrempels niet worden behaald. Dit kan ook het geval zijn voor ondernemingen in de digitale sector en voor ondernemingen met toegang tot essentiële input. Voor dergelijke ondernemingen is de omzet niet noodzakelijk een afspiegeling van hun concurrentiepotentieel.

Illumina tekende beroep aan tegen het verzoek van de Commissie om de overname van GRAIL aan te melden. Het Gerecht van de EU bevestigde nochtans het standpunt van de Commissie, waarop Illumina beroep aantekende bij het Hof van Justitie, waar de zaak nog hangende is.

Illumina had de overname van GRAIL intussen toch aangemeld bij de Commissie. Maar nog tijdens het onderzoek van de Commissie maakte het bekend de overname te hebben afgerond. Daarmee begingen Illumina en GRAIL een inbreuk op de *standstill* verplichting. Deze verplichting verbiedt ondernemingen concentraties te implementeren vóór de goedkeuring ervan door de Commissie. Zodoende kan deze de concentraties onderzoeken voordat zij het concurrentiële landschap structureel wijzigen.

Illumina en GRAIL hadden zich willens en wetens schuldig gemaakt aan *gun jumping*. De Commissie legde Illumina hiervoor een recordboete op van 432 miljoen euro en GRAIL een symbolische boete van 1000 euro. Ook tegen deze boetebeslissing tekende Illumina beroep aan.

Bovendien weigerde de Commissie na haar onderzoek de overname goed te keuren, omdat deze significant negatieve gevolgen dreigde te hebben voor de mededinging. Ook tegen deze weigeringsbeslissing tekende Illumina beroep aan.

Intussen heeft de Commissie Illumina bevolen om GRAIL terug te verkopen en de situatie te herstellen zoals die bestond voor de overname. Indien Illumina de herstelmaatregelen niet naleeft, kan de Commissie dwangsommen opleggen tot 5% van de gemiddelde dagelijkse omzet van Illumina en Illumina een boete opleggen tot 10% van hun jaarlijkse wereldwijde omzet. Illumina verklaarde dat het GRAIL zou afstoten binnen de 12 maanden, als het zijn beroep niet zou winnen.

Concreet.

- De Commissie kan voorgenomen concentraties onderzoeken die noch de EU, noch de nationale omzeldrempels overstijgen.
- Zo kan de Commissie transacties vatten waarbij de omzet van minstens één betrokken onderneming

• • • contrast • • • •

geen afspiegeling is van haar concurrentiepotentieel. Bijvoorbeeld kan de Commissie nagaan of er sprake is van een killer acquisitie, waarbij een gevestigde speler een toekomstige concurrent wil uitschakelen door die over te nemen op een moment dat het een startup is met geen of een lage omzet.

- Illumina/GRAIL bevestigt nog een keer dat de implementatie van een concentratie vooraleer zij is goedgekeurd aanleiding kan geven tot bijzonder hoge boetes wegens *gun jumping*. De boete voor Illumina is de hoogste ooit voor *gun jumping*. Het is ook de eerste keer dat de Commissie de doelonderneming (symbolisch) beboet, omdat deze bewust meewerkte aan de inbreuk.
- Illumina/GRAIL bevestigt ook dat de Commissie bereid is gebruik te maken van haar bevoegdheid om herstelmaatregelen te bevelen en de betrokken ondernemingen te verplichten de concentratie ongedaan te maken.

Meer weten?

De Concentratiecontroleverordening vind je [hier](#), de mededeling van de Commissie betreffende de verwijzing van concentratiezaken [hier](#), en ook de mededeling van de Commissie over de toepassing van het verwijzingsmechanisme van artikel 22 van de Concentratiecontroleverordening [hier](#).

Over de Illumina/GRAIL saga zijn er meerdere persberichten: over het arrest van het Gerecht [hier](#), over de weigeringsbeslissing [hier](#), over de boetebeslissing [hier](#), en tot slot over de opgelegde herstelmaatregelen [hier](#).

Meer informatie over *gun jumping* vind je ook in eerdere In The Pictures, zoals:

- Gun jumping? Schiet niet te snel uit de startblokken bij een overname! ([hier](#))
- Ready, set, stop... Go! ([hier](#))