

# Concurrences

COMPETITION LAW REVIEW

## Acquisitions prédatrices : La Commission européenne publie enfin son étude sur les éventuelles “acquisitions prédatrices” dans le secteur pharmaceutique

Général | Concurrences Chroniques | [www.concurrences.com](http://www.concurrences.com)

---

### Romain Maulin

[romain.maulin@maulin-avocats.com](mailto:romain.maulin@maulin-avocats.com)

Associé

Maulin Avocats, Paris

### Coline Diodonnat

[coline.Diodonnat@maulin-avocats.com](mailto:coline.Diodonnat@maulin-avocats.com)

Avocate

Maulin Avocats, Paris

Référence : Comm. eur., 28 nov. 2024, Rapport, Ex-post evaluation, EU competition enforcement and acquisitions of innovative competitors in the pharma sector leading to the discontinuation of overlapping drug research and development projects

Avec près d'un an de retard par rapport au calendrier initialement annoncé dans son rapport sur l'application du droit de la concurrence au secteur pharmaceutique, la direction générale de la concurrence [ci-après "DG Comp"] a publié, le 28 novembre 2024, une étude [ci-après l'"Étude"] très attendue et particulièrement approfondie (360 pages), ayant pour objet de déterminer si, au cours de la période 2014 à 2018, des "*acquisitions prédatrices*" ont été réalisées dans le secteur pharmaceutique.

Cette Étude, réalisée par le cabinet de conseil en économie Lear, s'intègre dans un débat plus large, et ayant du reste connu une récente actualité avec le lancement par l'Autorité française de la concurrence d'une consultation sur les modalités d'introduction d'un système de contrôle des concentrations susceptibles de porter atteinte à la concurrence et ne franchissant pas les seuils de notification en vigueur (consultation en cours jusqu'au 15 février 2025), portant sur la question de l'existence des "*acquisitions prédatrices*".

La présente Étude, qui définit les "*acquisitions prédatrices*" comme des "*opérations susceptibles d'avoir pour objectif ou effet l'interruption des projets de R&D de médicaments substituables, au détriment d'une concurrence future et donc des consommateurs*" (Étude, p.41), relaie une inquiétude grandissante quant à l'impact potentiel, sur l'innovation et sur les prix, des opérations de croissance externe impliquant des entreprises "*très innovantes*" (Étude, p.40), en particulier dans des secteurs fortement concentrés tels que le numérique et/ou le pharmaceutique.

En s'appuyant sur certains travaux académiques, l'Étude considère que certaines "*entreprises établies [rachètent] une start-up concurrente pour prévenir une menace concurrentielle future, ou qui remplacent leur cœur de métier en éliminant les activités communes avec les leurs d'un concurrent spécifique. Crawford et al. (2020) avancent que les acquisitions peuvent aussi entraver la concurrence en matière d'innovation, c'est-à-dire qu'elles peuvent représenter une stratégie d'"achat" évitant de "déployer des efforts dans l'innovation du*

*concurrent"*, avec le risque de compromettre dès le départ la dynamique concurrentielle, et ce avant même que les efforts de R&D ne façonnent le développement des produits." (Étude p. 40).

Dans ce contexte, l'Étude considère que les transactions les plus problématiques sont probablement celles visant à l'acquisition de biotechs ou laboratoires spécialisés dans le développement précoce de "*nouvelles molécules*", en raison de leur rôle clef dans le secteur pharmaceutique. Selon Lear, les "*biotechs émergentes*" contribuent actuellement à plus de "*deux tiers des nouveaux médicaments innovants mis sur le marché*" (Étude p. 238).

L'étude de Cunningham et al., "*Killer Acquisitions*" (2021), relève à ce titre que "*les projets de médicaments acquis sont moins susceptibles d'être développés lorsqu'ils se superposent au portefeuille de produits existant de l'acquéreur, en particulier quand le pouvoir de marché de ce dernier est important, en raison d'une faible concurrence ou d'une expiration éloignée des brevets*" (Étude p.40). En outre, selon les estimations conservatrices de Cunningham et al. (2021), 5,3 % à 7,4 % des acquisitions réalisées aux États-Unis sur la période allant de 1989 à 2010 sont susceptibles de s'analyser en tant que "*acquisitions prédatrices*". Ces dernières conclusions s'inscriraient, selon l'Étude, dans la continuité de celles de Wollmann (2019), qui constate notamment qu'après le relèvement des seuils d'exemption pré-notification des fusions aux États-Unis, l'industrie pharmaceutique figurait parmi "*les cinq industries avec le plus grand nombre de fusions horizontales exemptées durant la période post-amendement*" (Étude p.41 et Wollmann, T. G., *Stealth Consolidation : Evidence from an Amendment to the Hart-Scott-Rodino Act. American Economic Review : Insights*, 2019).

L'Étude poursuit ainsi deux objectifs majeurs :

- évaluer la réalité et l'ampleur précise des “*acquisitions prédatrices*”, en étudiant un large échantillon d'opérations mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique sur la période 2014 à 2018, dans le but de déterminer si celles-ci ont conduit à l'abandon de projets concurrents et à la modification de la concurrence sur le marché (“*l'enquête*”); et
- analyser, à titre rétrospectif, (i) les actions d'ores et déjà entreprises par la Commission européenne (ci-après “*Commission*”) afin de “*combattre*” ces “*acquisitions prédatrices*” (Étude p.41) et (ii) les aménagements envisageables du cadre juridique existant afin de mieux les appréhender dans le futur (“*l'évaluation*”).

Précisons que l'approche adoptée par cette Étude se distingue notamment par son périmètre élargi, qui ne se limite pas aux seules “*concentrations*” au sens du Règlement européen sur les concentrations, mais englobe également d'autres formes de partenariats entre entreprises concurrentes, telles que les achats d'actifs, les accords de licence et les accords de coopération en matière de R&D. Elle repose par ailleurs sur l'utilisation d'un algorithme d'apprentissage automatique (“*Least Absolute Shrinkage and Selection Operator*” ou “*LASSO*”), permettant de caractériser les opérations les plus à même de nécessiter un “*examen plus approfondi*” (Étude, p.43).

Ainsi, les enseignements tirés de “*l'enquête*” et de “*l'évaluation*” seront successivement présentés.

## Les enseignements tirés de “*l'enquête*”

La section de l'Étude relative à “*l'enquête*” propose une analyse rétrospective d'un certain nombre d'opérations mises en œuvre dans le secteur pharmaceutique entre 2014 et 2018, appuyée par un “*examen manuel*” des cas recensés. L'objectif est de déterminer, sur la base de données factuelles publiquement disponibles (et donc expurgées des éventuels secrets d'affaires), si ces transactions ont conduit à l'abandon de projets concurrents – que ce soit entre des produits substituables en développement ou déjà commercialisés – atténuant, de ce fait, la dynamique concurrentielle sur le marché concerné.

En ce sens, l'Étude s'impose une méthodologie rigoureuse, reposant sur quatre étapes successives, “*permettant d'identifier les sources de données publiques et de fournir des outils utiles pour déterminer si une opération spécifique a conduit à l'abandon de projets de R&D concurrents, en accord avec la théorie du préjudice lié à une 'acquisition tueuse'*” (Étude, p.42): (1) l'identification des “*chevauchements étroits*”, (2) l'identification et la classification des interruptions de projets de R&D à la suite d'une transaction, (3) la caractérisation, à l'aide d'un algorithme d'apprentissage automatique, des opérations les plus susceptibles de nécessiter un examen plus approfondi, et (4) la “*sélection manuelle*” des interruptions de projets de R&D pertinentes *prima facie*.

Toutefois, l'Étude concède l'existence de plusieurs limites méthodologiques, la principale étant qu'elle repose uniquement sur des données publiques, sans avoir eu accès à la documentation interne des entreprises. Si ces données publiques peuvent évidemment être utiles à un examen préliminaire, elles restent néanmoins insuffisantes pour tirer des conclusions définitives quant à l'existence d’“*acquisitions prédatrices*” sur le marché. Par ailleurs, l'Étude souligne la complexité de l'analyse de certaines transactions, en particulier les accords de R&D, pour lesquels les informations disponibles sont souvent limitées. L'Étude met ainsi en lumière la nécessité d'une évaluation individualisée des opérations, afin notamment de mieux appréhender les intentions des acteurs impliqués dans les opérations analysées, ainsi que les effets de telles opérations sur la concurrence.

**Les principales conclusions de “*l'enquête*” menée sont les suivantes**

- 6.315 transactions ont été identifiées, étant toutefois précisé que des informations sur leur objet étaient accessibles pour seulement 3.193 d'entre elles ;
- 240 transactions (sur 3.193) impliquaient des projets de R&D pour des médicaments potentiellement substituables sur la base d'une définition "*restreinte du chevauchement concurrentiel*" (Étude, p.46) (correspondant à des projets présentant les mêmes indications thérapeutiques (IT) et les mêmes mécanismes d'action (MoA)) ;
- 183 transactions (sur 240) ont conduit, à la suite de la transaction, à l'abandon par l'acquéreur d'au moins un des projets de R&D de médicaments se chevauchant ;
- dans 92 (sur 240) des opérations présentant un "*chevauchement étroit*", l'arrêt d'au moins un des projets de recherche constituait, *prima facie*, un élément permettant d'envisager la qualification d'"*acquisition prédatrice*" ; et
- à l'issue de l'étape de la "*sélection manuelle*", il a été constaté que 89 transactions (sur 240) présentant un "*chevauchement étroit*" ont été suivies de l'interruption d'un projet de recherche et nécessitant, à ce titre, un examen plus approfondi. Précisons toutefois que les informations publiquement disponibles ne permettaient pas d'établir la raison ayant justifié une telle interruption. Ces transactions se retrouvent ainsi dans une "*zone grise*" (Étude p.149), sans que l'on puisse, avec certitude, les qualifier d'"*acquisitions prédatrices*". Notons toutefois que, selon cette Étude "(...) *les interruptions nécessitant une enquête approfondie et les transactions associées impliquent souvent des médicaments en stades avancés de développement, pouvant signaler une menace concurrentielle importante qui pourrait favoriser une stratégie d'acquisition tueuse. De plus, ces transactions ont tendance à se produire dans des marchés hautement concentrés où les concurrents réels sont rares, incitant encore plus à de telles stratégies*" (Étude p.50 et 51).

## Les enseignements tirés de "l'évaluation"

La section de l'Étude relative à "*l'évaluation*" a pour but "*d'évaluer l'application et, le cas échéant, de mettre en lumière les limites de l'actuel Règlement européen sur les concentrations ainsi que d'apprécier les bénéfices de l'application des règles antitrust si nécessaire*" (Étude p.52).

### Évaluation *ex post* des efforts passés de la Commission afin de lutter contre les "acquisitions prédatrices"

Dans le cadre de cette Étude, cinq opérations de concentration autorisées ont été précisément évaluées. Les opérations sont les suivantes : (i) *Novartis/GSK (Ofatumumab Autoimmune Indications)* (M.7872), (ii) *BMS/Celgene* (M.9294), (iii) *AbbVie/ Allergan* (M.9461), (iv) *Novartis/ GlaxoSmithKline Oncology Business* (M.7275), et (v) *J&J/Actelion* (M.8401).

Relevons que, parmi ces opérations, les deux premières ont été approuvées sans condition tandis que les trois autres ne l'ont été que sous réserve d'engagements.

L'Étude révèle que la Commission a, de manière générale, correctement analysé les opérations présentant un risque potentiel pour la concurrence. Toutefois, dans l'un des trois cas où des engagements ont été souscrits, l'Étude relève que ces engagements auraient certainement pu être "*mieux conçus*" (Étude p.55). En effet, dans l'affaire *J&J/Actelion*, la Commission avait identifié un chevauchement direct entre deux produits en cours de développement et visant à traiter l'insomnie. À l'issue de son analyse, la Commission a conclu que l'acquéreur, *Johnson & Johnson*, disposait d'un intérêt et de la capacité "*d'interrompre, retarder ou réorienter*" l'un des produits se chevauchant (Étude p.168). Face à ces préoccupations, la partie notifiante a donc proposé, entre autres, les engagements suivants :

- “[Johnson & Johnson] s’engage à ne pas influencer les décisions stratégiques d’Idorsia ni à obtenir d’informations commercialement sensibles sur son médicament contre l’insomnie en cours de développement, et ce en limitant sa prise de participation à moins de 10 % (ou 16 % maximum, pour autant que Johnson & Johnson ne soit pas le principal actionnaire) et en s’engageant à ne nommer aucun membre du conseil d’administration ;
- [Johnson & Johnson] s’engage à mettre fin à ses mesures incitatives visant à influencer négativement le développement de son programme de recherche sur l’insomnie, en octroyant à Minerva Neurosciences de nouveaux droits sur le développement global et en supprimant ses redevances sur les ventes de Minerva dans l’EEE” (Commission européenne, *Concentrations : la Commission autorise l’acquisition d’Actelion par Johnson & Johnson, sous certaines conditions*, 9 juin 2017). L’Étude conclut néanmoins que ces engagements auraient certainement dû être plus “stricts” car ils n’ont manifestement pas été suffisants pour empêcher l’abandon d’un des projets de recherche à la suite du désistement d’un tiers à la transaction (en l’occurrence *Minerva*) (l’engagement en question reposant en partie sur une “participation active d’un partenaire qui a décidé de mettre fin à la collaboration” (Étude p.55)).

### **Analyse de la pertinence des règles en matière de contrôle des concentrations et des règles antitrust afin de lutter contre les “acquisitions prédatrices”**

Après avoir rappelé les règles de compétence actuelles de la Commission en matière de contrôle des concentrations, l’Étude examine les différentes alternatives envisageables aux seuils de notification en vigueur, ainsi que les limites respectives qu’elles recèlent. Parmi les propositions étudiées, figurent en particulier (i) l’ajustement des seuils actuels afin de tenir compte du chiffre d’affaires qu’un concurrent émergent devrait atteindre dans les un à deux ans suivants le lancement commercial de son innovation, (ii) l’ajout (au test actuel) d’un test basé sur la valeur de la transaction ou sur les parts de marché des parties ou encore (iii) l’instauration d’obligations de notification supplémentaires dans des domaines de préoccupation spécifiques tel que le secteur pharmaceutique, etc.

Cette réflexion s’inscrit dans un contexte où la

pertinence des seuils de notification uniquement basés sur le chiffre d’affaires (et en particulier celui de la cible) fait actuellement l’objet de questionnements.

L’Étude s’attache également à étudier les implications liées au recours à l’article 22 du Règlement européen sur les concentrations qui, selon cette Étude, constitue un outil “utile” car permettant à la Commission, sous réserve toutefois du respect de certaines conditions, d’examiner des concentrations qui ne dépassent pas les seuils de notification européens.

Sur ce point, relevons que l’Étude a fait l’objet d’une actualisation depuis sa rédaction afin d’intégrer à son analyse les conclusions de l’arrêt de la Cour de Justice de l’Union européenne [ci-après “CJUE”] *Illumina/GRAIL* (affaires C-611/22 P et C-625/22 P). Le 3 septembre 2024, la CJUE a en effet jugé que l’article 22 ne peut être mobilisé par un ou plusieurs Etats membres seulement (i) lorsque cet État membre est compétent en vertu de ses règles nationales en matière de contrôle des concentrations, ou (ii) s’il ne dispose pas de règles en matière de contrôle des concentrations.

Cette section de l’Étude a également mis en lumière l’utilité des règles *antitrust* afin de lutter contre les “acquisitions prédatrices”. L’Étude relève en effet que la CJUE a, dans l’affaire *Towercast*, jugé que “l’article 21, paragraphe 1, du règlement no 139/2004 doit être interprété en ce sens qu’il ne s’oppose pas à ce qu’une opération de concentration d’entreprises, dépourvue de dimension communautaire, au sens de l’article 1er de ce règlement, située en dessous des seuils de contrôle ex ante obligatoire prévus par le droit national et n’ayant pas donné lieu à un renvoi à la Commission en application de l’article 22 dudit règlement, soit analysée par une autorité de concurrence d’un État membre comme étant constitutive d’un abus de position dominante prohibé à l’article 102 TFUE au regard de la structure de la concurrence sur un marché de dimension nationale” (CJUE, *Towercast*, aff. C-449/21, §53).

Elle estime également que les articles 101 et 102 du TFUE constituent des outils potentiellement pertinents afin de lutter contre les “acquisitions prédatrices” qui ne prennent pas la forme de concentrations au sens du Règlement européen sur les concentrations.

Deux études de cas hypothétiques ont ainsi été élaborées sur la base de transactions réelles identifiées dans la section précédente et qui, selon “l’enquête”, auraient nécessité une analyse approfondie. Ces cas illustrent la manière dont la Commission pourrait mobiliser la boîte à outils actuellement disponible pour traiter des opérations susceptibles d’avoir un impact négatif sur la concurrence.

**Proposition d’un nouvel outil permettant une meilleure identification des “acquisitions prédatrices”**

Face aux difficultés manifestes de la Commission à appréhender certaines opérations échappant à sa compétence, notamment les licences exclusives dans le secteur pharmaceutique, l’Étude propose l’introduction d’un “un registre ‘allégé’ des transactions et des développements post-transaction

*afin de renforcer encore la capacité d’identifier préventivement les accords pertinents, ainsi que de notifier les interruptions planifiées après coup”, précisant que ce registre “serait pertinent pour les entreprises d’une taille suffisante pour qu’un lien avec l’UE soit assuré” (Étude p.56). L’Étude précise en ce sens que “[l]a question de savoir si le système doit être obligatoire ou volontaire relève d’un jugement politique (mais un système obligatoire nécessiterait une réforme législative)” (Étude p.287).*

Cette Étude rappelle également que la Commission a très récemment mis en œuvre, dans le secteur du numérique, un système imposant à certaines plateformes en lignes (les “gatekeepers”) de signaler à la Commission leurs projets d’acquisition dans ce secteur, et que ce dispositif pourrait également présenter une pertinence dans le secteur pharmaceutique.

---

Voir aussi : The EU Commission publishes the results of its study on killer acquisitions in the pharma sector – 29 novembre 2024, Art. 124272

---

**Concurrences** est une revue mensuelle couvrant l'ensemble des questions de droits de l'Union européenne et interne de la concurrence. Les analyses de fond sont effectuées sous forme d'articles doctrinaux, de notes de synthèse ou de tableaux jurisprudentiels. L'actualité jurisprudentielle et législative est couverte par douze chroniques thématiques..

---

## Editoriaux

Jacques Attali, Laurent Benzoni, Elie Cohen, Eleanor Fox, Marie-Anne Frison-Roche, Thierry Guimbaud, Douglas H. Ginsburg, Frédéric Jenny, Roch-Olivier Maistre, Mario Monti, Fiona M. Scott-Morton, Jean Pisani Ferry, Jacques Steenbergen, Denis Waelbroeck, Marc van der Woude...

---

## Interviews

Sir Christopher Bellamy, Sarah Cardell Eshien Chong, Lord David Currie, Thierry Dahan, John Fingleton, Damien Gérard, Olivier Guersent, François Hollande, Herbert Hovenkamp, William Kovacic, Neelie Kroes, Christine Lagarde, Johannes Laitenberger, Emmanuel Macron, Pierre Régibeau, Tommaso Valletti, Christine Varney, Margrethe Vestager...

---

## Libres propos

Jean Philippe Arroyo, Ian Forrester, Calvin Goldman, Ioannis Kokkoris, Petros C. Mavroidis, Frank Montag, John Pecman, Irving Scher, Andreas Schwab, Patrice Spinosi, John Taladay...

---

## Dossiers

Jacques Barrot, Jean-François Bellis, David Bosco, Murielle Chagny, Damien Gérardin, Calvin Goldman, Assimakis Komninos, Christophe Lemaire, Pierre Moscovici, Damien Neven, Jorge Padilla, Emil Paulis, Andreas Schwab, Richard Whish...

---

## Articles

Rafael Amaro, Luca Arnaudo, Mor Bakhoum, Zohra Boumedhel, Vincent Bridoux, Guy Canivet, Emmanuel Combe, Guillaume Fabre, Daniel Fasquelle, Georgios Gryllos, Nathalie Homobono, Laurence Idot, Charles Jarrosson, Bruno Lasserre, Ioannis Lianos, Luc Peeperkorn, Nicolas Petit, Catherine Prieto, Joseph Vogel, Wouter Wils...

---

## Pratiques

Actions en réparation, Bilan de la pratique des engagements, Droit pénal et concurrence, Legal privilege, Cartel Profiles in the EU, Competitive risks in the pharmaceutical sector, Digital Markets Acts and competition, EU foreign investment control, Antitrust and Artificial Intelligence, Failing firm defence, Labor market competition, Merger control in digital markets.

---

## International

Belgium, Brazil, Canada, China, Germany, Hong Kong, India, Japan, Luxembourg, Sweden, Switzerland, USA...

---

## Droit & économie

Georg Clemens, Pierre Y. Cremieux, Adriaan Dierx, Fabienne Ilzkovitz, Gregor Langus, Vilen Lipatov, Patricia Lorenzo, Damien Neven, Georgios Petropoulos, Edward Snyder, Nadine Watson, Mutlu Özcan...

---

## Chroniques

### ENTENTES

Anne-Sophie Choné Grimaldi, Michel Debroux, Marie Hindré

### PRATIQUES UNILATÉRALES

Marie Cartapanis, Frédéric Marty, Nicolas Zacharie

### PRATIQUES COMMERCIALES DÉLOYALES

François-Xavier Awatar, Frédéric Buy, Valérie Durand, Jean-Louis Fourgoux, Marie-Claude Mitchell

### DISTRIBUTION

Nicolas Eréséo, Nicolas Ferrier, Anne-Cécile Martin, Philippe Vann

### CONCENTRATIONS

Franck Audran, Olivier Billard, Etienne Chantrel, Eric Paroche, Igor Simic, David Tayar, Simon Vande Walle

### AIDES D'ÉTAT

Jacques Derenne, Francesco Martucci, Bruno Stromsky, Raphaël Vuitton

### PROCÉDURES

Alexandre Lacresse, Christophe Lemaire, Barbara Monti

### RÉGULATIONS

Orion Berg, Guillaume Dezobry, Emmanuel Guillaume, Sébastien Martin, Francesco Martucci

### MISE EN CONCURRENCE

Bertrand du Marais, Arnaud Sée, Fabien Tesson

### ACTIONS PUBLIQUES

Virginie Coursière-Pluntz, Jean-Philippe Kovar, Aurore Laget-Annamayer, Jérémy Martinez, Francesco Martucci

### HORIZONS

Walid Chaiehloudj, Rafael Allendesalazar, Laurence Nicolas-Vullierme, Silvia Pietrini

---

## Livres

Sous la direction de Catherine Prieto

---

## Revue

François Aubin, Maud Boukhris, Lucile Chneiveiss, Lucien Frys

## > Concurrences + ..... *Devis sur demande*

### Accès illimité à toute la base de données

- 12 numéros de la Revue Concurrences avec 15 000 archives
- 45 numéros du Bulletin e-Competitions avec 30 000 archives
- + 75 ebooks et versions imprimées des ouvrages parus pendant votre abonnement
- + 650 supports de conférences : synthèses, transcriptions, audios, présentations PPT

### Services premium

- Accès à l'outil ConcurrencesAi pour faciliter vos recherches juridiques
- Possibilité de télécharger les versions PDF de tous les articles et documents
- Accès nominatifs et par adresses IP

## > Concurrences Select ..... *Devis sur demande*

- 12 numéros de la Revue Concurrences avec 15 000 archives
- 45 numéros du Bulletin e-Competitions avec 30 000 archives
- + 650 supports de conférences : synthèses, transcriptions, audios, présentations PPT
- Accès nominatifs et par adresses IP

## > Concurrences Basic ..... *Devis sur demande*

- 12 numéros de la Revue Concurrences avec 15 000 archives
- 45 numéros du Bulletin e-Competitions avec 30 000 archives
- Accès nominatifs

Pour toute information complémentaire ou pour effectuer une demande de devis sur-mesure, merci de nous contacter à l'adresse **subscriptions@concurrences.com**.

Un membre de notre équipe commerciale sera ravi de vous répondre sous 24 heures.

Vous pouvez également nous contacter directement par téléphone au **+33 6 95 25 93 33**.

Pour bénéficier d'un essai gratuit, merci de **cliquer sur ce lien**.