

# La mise en place de la législation européenne REACH : Une analyse des effets anticoncurrentiels

---

*Résumé : La réglementation REACH (Registration, Evaluation, Autorisation and Restriction of Chemicals) entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juin 2007 contraint les entreprises à faire la preuve de l'innocuité sanitaire et environnementale des substances utilisées. L'implémentation de cette réglementation nécessite la production et l'échange d'un volume substantiel d'information technique et concurrentielle. Cet article vise à identifier les risques anticoncurrentiels liés à la mise en place de la réglementation. Les acteurs pourraient mettre en place une pénurie stratégique d'information, destinée à forclure les concurrents du processus de partage des coûts, ou au contraire organiser une abondance stratégique d'information, dans une visée d'ententes ou de stratégie d'augmentation des coûts des rivaux.*

TITLE : THE IMPLEMENTATION OF REACH : AN ANALYSIS OF ANTICOMPETITIVE EFFECTS

*Abstract : The EC REACH regulation was enforced the 1<sup>st</sup> June 2007. REACH requires undertakings to prove the environmental and sanitary innocuousness of their chemical substances. The implementation of this regulation involves the production and exchange of a significant amount of technical and competitive information. This article aims to identify the potential anticompetitive effects at this stage. Firms could lead strategies of "information shortage", to foreclose their competitors to the efficient process of cost sharing. Firms could also lead strategies of "wealth of information", by entering into anticompetitive information exchanges or raising rival costs through the choice of an over-optimal level of regulation costs.*

*Classification JEL : K2, K3, L4*

Au moins depuis Adam Smith, qui envisageait l'économie politique comme une branche de l'art de légiférer, les économistes analysent et évaluent les différentes formes de réglementations et de normes juridiques. Un résultat constant de ces analyses est que le système juridique n'est pas neutre sur le plan des performances économiques et que, de ce fait, certains agents peuvent chercher à le manipuler.

Profitant de l'entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> Juin 2007 de la législation européenne REACH (*Registration, Evaluation, Autorisation and Restriction of Chemicals*), qui rend les entreprises responsables juridiquement de l'innocuité sanitaire et environnementale des substances chimiques qu'elles utilisent, nous nous proposons ici d'identifier les risques concurrentiels auxquels les entreprises pourraient être confrontées et que les instances nationales et européennes en charge des affaires de concurrences pourraient avoir à gérer.

Compte tenu des très importants bouleversements auxquels conduit REACH, nous avons choisi de limiter notre analyse à la question centrale de l'utilisation stratégique de l'information produite et échangée dans le cadre de la mise en œuvre de cette législation. A cette fin, nous précisons dans une première section les modifications radicales introduites par ce nouveau cadre législatif en termes d'enjeux pour les entreprises et de quantité d'informations requises. La deuxième section évalue les risques associés à une "pénurie stratégique" d'informations, tandis que la troisième section envisage au contraire les risques associés à une "abondance stratégique" d'informations.

## REACH : UN NOUVEAU CADRE DE PARTAGE DES INFORMATIONS

A la suite du Règlement n°1907/2006 et de la Directive 2006/121/CE, REACH est entrée en vigueur le 1er juin 2007. Cette nouvelle législation de l'Union européenne concerne l'ensemble des entreprises qui utilisent directement ou indirectement des substances chimiques. Il s'agit, tout d'abord, de celles qui fabriquent et/ou importent des substances chimiques ou des mélanges de substances chimiques en quantité supérieure ou égale à une tonne par an. Ensuite, sont également concernées les firmes qui fabriquent et/ou importent des produits (matériaux de construction, composants électroniques, jouets, véhicules, etc.) qui contiennent des substances qui figurent sur la liste des « substances extrêmement préoccupantes »<sup>1</sup> ou qui sont dispersées, en quantité supérieure ou égale à une tonne par an, à l'occasion de leur utilisation. Enfin, les firmes qui traitent des substances chimiques ou élaborent des préparations pour une utilisation finale (produits de nettoyage, peintures, huiles pour moteur, etc.) ou qui utilisent ces produits en quantité supérieure ou égale à une tonne par an, sont aussi soumises à cette législation.

Ainsi, REACH remplace de nombreux textes communautaires relatifs aux substances chimiques et complète d'autres textes relatifs à l'environnement et à la sécurité, même s'il subsiste quelques législations spécifiques à certains secteurs (détergents, produits cosmétiques, etc.), ainsi que des dérogations (substances naturelles non dangereuses et non chimiquement modifiées, substances chimiques dans les aliments et les médicaments, etc.)

La mise en œuvre concrète de REACH comporte trois phases. La première, comprise entre le 1<sup>er</sup> juin 2007, date de l'entrée en vigueur de REACH, et le 1<sup>er</sup> juin 2008, avait pour unique objectif de mettre en place l'Agence européenne des produits chimiques (ECHA). L'ECHA gère de façon unifiée les procédures d'enregistrement, d'évaluation, d'autorisation et de restriction relatives aux

---

<sup>1</sup> Cette liste de substance est constituée à partir des propositions des états, qui adressent un dossier à l'ECHA concernant les substances qu'ils jugent les plus toxiques. L'ECHA établit sur cette base une liste de substances extrêmement préoccupante, qui fait l'objet de modalités d'enregistrement particulières.

substances chimiques dans le cadre de REACH. La seconde phase, entre le 1<sup>er</sup> juin 2008 et le 1<sup>er</sup> décembre 2008, a été celle du pré-enregistrement des substances. Depuis le 1<sup>er</sup> décembre 2008, les nouvelles substances sont intégralement soumises aux règles de REACH et doivent donc être enregistrées préalablement à toute commercialisation. Les substances existantes sont quant à elles entrées dans une troisième phase de mise œuvre, pendant laquelle la commercialisation des substances est acceptée en parallèle à leur procédure d'enregistrement. La durée de cette troisième phase varie en fonction de la substance et du tonnage, avec une date limite d'enregistrement échelonnée entre le 30 novembre 2010 (pour les produits cancérigènes, mutagènes ou toxiques pour la reproduction, utilisés en quantité supérieure ou égale à une tonne par an), le 31 mai 2013 (pour les produits utilisés en quantité supérieure ou égale à cent tonnes par an), et le 31 mai 2018 (pour les produits utilisés en quantité supérieure ou égale à une tonne par an).

## Les principes directeurs de REACH

Cinq spécificités cruciales de la législation REACH méritent à notre sens d'être présentées et discutées : le renversement de la charge de la preuve, la condition stricte d'accès au marché selon laquelle sans données il n'y a pas d'accès au marché, la mise en balance des impacts économiques et environnementaux ou sanitaires, l'approche en termes de chaîne verticale de responsabilité, et les structures imposées pour la mutualisation des coûts de la réglementation.

REACH consacre le principe de renversement de la charge de la preuve. Le principe des réglementations antérieures reposait sur la responsabilité des organismes en charge du contrôle, qui avaient à prouver la dangerosité des substances utilisées par les entreprises. *A contrario*, REACH transfère entièrement aux entreprises le soin de mener l'ensemble des tests nécessaires à la démonstration de l'innocuité de la substance. Celles-ci sont contraintes d'identifier les risques potentiels, de proposer un cahier des charges des tests nécessaires et d'assumer le coût de ces tests s'ils n'ont pas été réalisés précédemment par l'un ou l'autre des acteurs concernés par la substance.

Cette responsabilité dévolue aux firmes est encore accrue par les enjeux de la phase d'enregistrement de la substance. Le principe mis en avant est celui selon lequel "sans données, pas de marché". Autrement dit, la contrainte réglementaire n'est plus seulement un risque de sanction ou d'interdiction au cours de la durée de vie commerciale du produit, mais un préalable indispensable à toute exploitation commerciale. La menace de blocage de l'accès au marché rend donc la phase d'analyse des risques sanitaires et environnementaux indispensable. Pour les produits existants, REACH crée donc un risque économiquement substantiel, en l'occurrence le risque d'un retrait du marché d'un produit dont les investissements ont déjà été consentis et l'exploitation commerciale a déjà commencé. En ce sens, REACH s'inscrit dans une tendance lourde du droit de

l'environnement qui consiste à passer d'une logique de police administrative exercée *ex post* à une logique de responsabilisation environnementale qui s'exerce en amont des projets. La nouveauté est que cette responsabilité d'évaluation des impacts s'adressait jusque-là aux porteurs de grands projets d'infrastructures, alors qu'ici, la responsabilité s'exerce à un niveau beaucoup plus fin, pour une quantité d'acteurs et de produits infiniment plus grande.

Il faut également souligner que REACH admet explicitement une compensation temporaire d'éventuels dommages sanitaires et environnementaux par la démonstration de l'importance économique de la substance. Cette mise en balance est formalisée par la possibilité de présenter un bilan socio-économique d'une substance comme base de la décision d'autorisation ou d'interdiction. Ainsi, l'ECHA admet l'existence et la pertinence d'un bilan coûts/bénéfices pour rendre sa décision.

Dans son objectif de responsabilisation des entreprises, REACH innove aussi quant à l'identité des entreprises responsables de l'information sur les risques. La firme productrice de la substance ou importatrice en cas de production extra-européenne, reste évidemment en charge du processus d'enregistrement. Mais la responsabilité de l'ensemble des utilisateurs du produit ou de la substance tout au long de la chaîne verticale est également engagée. Les utilisateurs aval ou les distributeurs sont tenus de s'assurer de la conformité du produit qu'ils utilisent aux impératifs dictés par REACH. En conséquence, les utilisateurs aval peuvent être associés aux processus d'enregistrement de la substance, dans un rôle d'observation et d'aide à la démarche d'évaluation des risques. En associant les utilisateurs avals à la démarche d'information sur les risques, REACH permet de restaurer une unité entre l'espace réglementaire de gestion des risques, l'espace matériel de survenance des impacts, et l'espace d'exploitation économique du produit en question. Le fait de partager la responsabilité entre les différents acteurs qui ont une incitation à voir le produit exister peut mutualiser les coûts de manière efficiente, mais également conduire à une autorégulation des acteurs privés. En ce sens, l'extension des responsabilités à l'échelle de la chaîne verticale peut donc améliorer l'efficacité de la réglementation. Mais dans le même temps, le fait de réunir dans un même processus de partage d'informations des acteurs ayant des incitations partiellement opposées peut générer des distorsions de concurrence et diminuer l'efficacité du processus de mise en œuvre de la législation.

En effet, une cinquième caractéristique de REACH est le développement de structures de mutualisation particulièrement poussées dans le cadre de la phase d'enregistrement. Consciente des difficultés et des coûts associés à une législation aux exigences et aux impacts élevés, la Commission européenne a prévu la mise en place de structures de partage et de mutualisation des informations techniques, à savoir les Forums d'Echange d'Informations sur une Substance (soit SIEF, *Substance information Exchange Forum*). Ces forums peuvent être eux-mêmes prolongés par des consortiums. Ce processus de mutualisation des dépenses réglementaires n'est pas en soi une innovation, mais le fait de les mettre systématiquement en place pour l'ensemble des acteurs

concernés, et d'exiger la participation de tous les acteurs à ces structures, sauf dérogations, revêt un caractère particulièrement novateur.

Ces principes directeurs de REACH conduisent donc à exiger de la part des acteurs produisant, important ou utilisant une substance, un niveau particulièrement élevé d'informations concernant les propriétés de la substance.

## Nature et structures de gestion de l'information dans le cadre de REACH

L'information sur la substance, son utilisation et ses impacts sanitaires et environnementaux, est au cœur de la réglementation REACH. Plus précisément, la phase d'enregistrement des substances, qui détermine l'obtention de l'homologation et donc l'accès aux consommateurs, nécessite obligatoirement les informations suivantes : une identification de la substance en question, sa classification, une description du processus de fabrication et de tous les usages fait de la substance une fois produite, des informations sur l'exposition à la substance (dans le cas de substance produite pour 1 à 10 tonnes par an), une synthèse des études relatives aux propriétés physico-chimiques, toxicologie, écotoxicologique (dans le cas de substances produites pour plus de 10 tonnes par an), des propositions de tests pour apporter l'information requise qui ne serait pas disponible dans les études existantes, un guide de sécurité d'utilisation de la substance, et un rapport de sécurité chimique, obligatoire lorsque la substance est produite à plus de 10t/an à une concentration supérieure à un certain seuil (article 14 de la Directive).

Lorsque la substance s'avère particulièrement préoccupante en matière d'impacts sanitaires et/ou environnementaux, les entreprises sont également fortement incitées à accompagner leur dossier d'enregistrement d'une étude socio-économique. Celle-ci doit établir une analyse coûts/bénéfices d'une décision d'interdiction de la substance en question. Il s'agit de transcrire et de comparer en termes monétaires d'un côté les coûts productifs d'une interdiction, et de l'autre les gains sanitaires et environnementaux d'une telle mesure. Dans cette optique, les besoins d'informations à communiquer augmentent sensiblement, et comprennent notamment les éléments suivants : la structure de coûts des firmes et la place de la substance dans cette structure de coût, l'identité d'une substance alternative et les coûts associés en termes de mise en place de l'alternative et de qualité du produit utilisant cette alternative, une analyse de la répercussion de ces coûts sur les clients et consommateurs et des éventuelles distorsions de concurrence créées par cette interdiction, une monétarisation des impacts environnementaux, et une monétarisation des impacts sanitaires.

En parallèle à cette procédure normale d'enregistrement, les Etats membres peuvent demander l'interdiction de certaines substances qu'ils jugent particulièrement préoccupantes. Dans ce cas, ce sont les Etats qui, sans attendre le processus d'enregistrement, transmettent à l'ECHA un dossier sur les propriétés éco-toxicologiques de la substance et demandent son interdiction.

L'Agence doit instruire le dossier, établir sa propre analyse socio-économique, puis demander aux parties concernées de réagir à cette demande d'interdiction en présentant leur propre analyse des impacts et du bilan socio-économique de la substance en question.

Dans le cadre de notre analyse de possibles pratiques stratégiques, il est nécessaire d'établir un bilan de la valeur économique de l'information requise.

Une partie des informations requises tire sa valeur stratégique de l'usage direct qui peut en être fait : les entreprises concurrentes sont amenées à échanger de l'information sur les substances qu'elles utilisent, la quantité utilisée, et les conditions d'utilisation de ces substances. En cas d'analyse socio-économique, l'information requise couvre en plus la situation concurrentielle, les prix et les coûts de chaque entreprise afin de pouvoir calculer le coût social productif d'une interdiction<sup>1</sup>. Une autre partie des informations requises est moins propice à une utilisation stratégique directe, mais tire sa valeur stratégique des coûts significatifs de sa production. Ainsi, l'information sur le risque cancérigène d'une substance donnée ne constitue pas une information stratégique en termes d'utilisation concurrentielle, mais en revanche représente un coût substantiel de production, au vue du prix des tests en laboratoires. La valeur stratégique n'est donc pas dans l'utilisation *ex post* de l'information mais dans la manipulation des coûts *ex ante* de production de l'information.

La production de cette information est encadrée dans la directive REACH par des règles de mutualisation. L'objectif est d'éviter la duplication des études, d'une part pour diminuer le coût pour les entreprises de mise en place de la réglementation, d'autre part pour réduire le nombre des tests nécessitant des expérimentations animales. Dès le début de la procédure, les entreprises impliquées dans REACH sont donc intégrées à des structures collectives.

Toutes les entreprises ayant préenregistré une substance sont automatiquement inscrites à un Forum d'Échange d'Information sur une Substance (SIEF). L'inscription au SIEF, automatique et obligatoire, entraîne une obligation de partage des données dont dispose une entreprise. Ce SIEF regroupe aussi bien des producteurs de la substance que des utilisateurs, mais aussi des tiers intéressés par la substance en vue d'une exploitation future (concurrents potentiels) ou d'une action de lobbying (ONG). Ces SIEF peuvent être prolongés par des consortiums, qui ne sont pas obligatoires mais seulement tolérés par la Directive. Les consortiums possèdent la caractéristique de fixer des règles d'entrée et de pouvoir organiser des règles de fonctionnement quant aux relations entre leurs membres. Toutefois, ces consortiums ne délient pas *a priori* leurs participants de leur obligation de participation au SIEF et de partage des informations. La mutualisation est donc présentée comme la situation normale durant cette phase d'enregistrement, même si certaines modalités de la Directive présentent des exceptions ou des aménagements à ces règles communes.

---

<sup>1</sup> Il se posera dès lors, tôt ou tard, la question de l'accès de ces informations détenues par l'ECHA aux instances en charge des affaires de concurrence.

## Les implications stratégiques des échanges d'informations imposés par REACH

L'ensemble des caractéristiques précédentes crée un jeu stratégique complexe entre les différents acteurs producteurs et utilisateurs d'une substance donnée. En effet, ces derniers sont, en principe, contraints d'échanger leurs informations relatives à la substance qu'ils produisent, importent ou utilisent. Dès lors, on peut faire les remarques suivantes quant au champ d'actions stratégiques qui s'ouvre au cours de la période de mise en œuvre de REACH :

- La législation remet en cause l'existence du produit et de la rente qui lui est associée. Le gain d'une action stratégique à l'encontre de ses concurrents est donc potentiellement très important, et la réglementation s'avère être un moyen d'action très puissant.
- Ce processus nécessite la production et l'échange d'un volume d'informations important, y compris des informations commerciales et techniques dont la valeur d'utilisation et/ou la valeur de production est potentiellement élevée. Les potentialités d'actions stratégiques sont donc nombreuses.
- L'ensemble des acteurs se trouve obligatoirement associé au processus d'identification et de production d'informations sur les conditions de production et de risque de la substance : les firmes ne choisissent donc pas l'identité de leurs partenaires dans la phase de création et de partage des informations. Le risque d'opportunisme et de stratégies défensives de rétention d'informations s'en trouve augmenté.
- La présence combinée d'entreprises en situation de concurrence effective, d'entreprises en situation de concurrence potentielle et d'entreprises en situation de relations verticales multiplie les enjeux de répartition de la rente et les comportements stratégiques associés.
- L'aspect radicalement nouveau de la réglementation crée une incertitude forte quant au déroulement et à l'issue du processus de mise en place de REACH. Cette incertitude favorise les comportements d'exploitation stratégique de la norme et complique l'activité de contrôle du régulateur, qui se voit contraint d'adapter pas à pas les modalités légales d'application de la directive.

Il en résulte que la phase de mise en place effective de REACH combine des enjeux importants, une multiplication d'intérêts contradictoires, une obligation d'interactions très poussée et une absence de cadre législatif strict.

En conséquence, les conditions identifiées par la théorie économique comme étant favorables à des comportements stratégiques nous semblent ici largement réunies. Nous distinguerons, par la suite, les cas où certains acteurs cherchent à empêcher les autres acteurs d'accéder aux informations, de ceux où ils cherchent à communiquer plus d'informations que ne le nécessite REACH.

## UNE PENURIE STRATEGIQUE D'INFORMATIONS

Les stratégies anticoncurrentielles possibles analysées ici concernent l'utilisation stratégique de l'information requise par la réglementation. Dans cette optique, cette section détaille comment une ou plusieurs firmes pourraient stratégiquement organiser une pénurie d'information néfaste pour leurs concurrentes. Dans tous les cas, ces stratégies de pénuries d'informations visent à augmenter les coûts des rivaux<sup>1</sup> par des actions stratégiques de non-partage de l'information. Ces stratégies peuvent, à notre sens, trouver appui sur au moins trois dispositifs prévus par REACH : les consortiums, les règles de partage des coûts des études existantes, et la clause de retrait du processus collectif.

### Les consortiums<sup>2</sup>

Le principe du consortium consiste à regrouper certains acteurs du processus d'enregistrement de façon sélective, en édictant des critères d'entrées et/ou des règles de fonctionnement interne de divulgation de l'information et de partage des coûts. Structure de droit privé, le consortium offre *a priori* aux acteurs une grande liberté de constitution et de fonctionnement. Dès lors, il semble pertinent de se demander si les consortiums peuvent avoir des effets contraires à une concurrence par les mérites.

En première analyse, la constitution de consortiums peut s'avérer pro-concurrentielle en réduisant le coût d'implémentation. Ce supplément d'efficacité des consortiums doit toutefois être mesuré par rapport aux forums. Ces derniers peuvent tout d'abord regrouper un très grand nombre d'acteurs, dont les intérêts sont parfois divergents<sup>3</sup>. De plus, le Règlement permet à une entreprise d'intervenir dans le cadre des négociations, de façon anonyme, en désignant un représentant qui sera typiquement un avocat et/ou un expert. Dans ces conditions, le dialogue et l'organisation des forums peuvent être sujets à des blocages et des complexités d'utilisation. Le consortium peut alors être une réponse à ces gaspillages de ressources, en permettant à un nombre resserré d'acteurs, sélectionnés sur une base plus restrictive et autour de règles de fonctionnement bien définies, d'avancer plus efficacement dans le processus de tests et de constitution du dossier d'enregistrement.

Sur le plan de la théorie économique, les gains d'efficience des consortiums peuvent être reliés aux résultats traditionnels de la théorie des contrats concernant le degré d'intégration optimal. La plus grande homogénéité des

---

<sup>1</sup> Pour une présentation des principaux modèles d'augmentation des coûts des rivaux, on peut se reporter à M. Deschamps [2009].

<sup>2</sup> Sur cette question, on peut consulter A. Vincent et N. Garderes [2008].

<sup>3</sup> Certains acteurs peuvent avoir pré-enregistré une substance dans le seul but d'une veille concurrentielle, voire de nuire au processus d'enregistrement au cas où elles-mêmes n'utiliseraient pas cette substance mais une substance alternative.

acteurs diminue le risque d'opportunisme et conduit à la fixation d'un niveau d'effort plus proche de l'optimum. Les règles de fonctionnement plus précises diminuent l'incomplétude des contrats et contribuent également à la baisse du risque de *hold-up*. Enfin, la diminution du nombre d'acteurs engendre une baisse des inefficiences de taille liées aux effets de congestion.

Notons par ailleurs que ces consortiums sont des accords interentreprises qui peuvent à la fois revêtir une dimension horizontale et/ou conglomérale.

Les consortiums peuvent regrouper des entreprises utilisant la même substance pour produire les mêmes biens et services : il s'agit alors d'une entente entre entreprises. Ici, le fait que l'entente vise à l'implémentation à moindre coût d'une réglementation permet de faire référence au cas parallèle des accords horizontaux de R&D licites. Les entreprises dans les deux cas coopèrent en amont de la production, en vue de diminuer les coûts d'accès aux marchés, et ce sans remettre en cause leur degré de concurrence sur le marché.

Les consortiums peuvent aussi regrouper des entreprises utilisant la même substance pour produire des biens et services différents : il s'agit alors d'un accord de coopération de type congloméral, considéré comme étant *a priori* pro-concurrentiel par les gains d'efficience qu'il génère.

Toutefois, le parallèle avec des accords horizontaux et congloméraux est également utile pour apprécier les conditions dans lesquelles ce type de consortium peut produire des effets anticoncurrentiels. Le risque le plus grand d'un accord horizontal est celui de la hausse des prix, à la suite de la diminution de la pression concurrentielle. Ici, l'accord porte sur le partage des coûts réglementaires. Ces coûts réglementaires sont de toute façon appelés à être partagés de manière équitable entre les différents acteurs du marché dans le cadre des SIEF. Il est donc présumé que ces coûts seront intégrés de manière homogène par les acteurs et retranscrits de façon uniforme sur les prix. Le principal enjeu de la mise en place de REACH n'est pas de créer une concurrence par les prix *via* la répercussion imparfaite des coûts de mise en place de la réglementation. Il est donc peu crédible d'attribuer à ces consortiums une dimension de collusion.

Le risque anticoncurrentiel de la formation des consortiums renvoie davantage au problème de l'accès à un input essentiel, en l'occurrence ici l'enregistrement et son coût associé. En effet, dans quelle mesure les consortiums peuvent-ils servir de support à une stratégie d'éviction des concurrents, ou dans une moindre mesure à une stratégie d'augmentation des coûts des rivaux ?

Une première condition pour une stratégie d'éviction réside dans le fait que l'input en question soit indispensable aux concurrents pour continuer à exercer une concurrence significative face aux participants de l'accord. La réalisation de cette condition dépend crucialement de la façon dont s'organiseront les reventes de données entre les acteurs d'un même SIEF. A première vue, l'objet du consortium, à savoir l'enregistrement d'une substance donnée, est bien essentiel, au sens où il détermine l'accès au marché selon le principe du "sans données, pas

de marché". Mais le consortium ne représente pas dans le cadre de REACH un substitut au forum d'échanges, il ne peut intervenir qu'en complément. *A priori*, et sous réserve de l'utilisation d'une clause de retrait, les membres d'un consortium devraient ensuite être obligés d'apporter les informations détenues à l'ensemble des acteurs du SIEF, moyennant une rétribution d'un montant équitable. En conséquence, le consortium ne pourrait devenir une arme d'éviction ou d'augmentation des coûts des rivaux qu'à une double condition : d'une part que l'ambiguïté autour des rétributions d'études existantes (ou de la clause de retrait) lui permette de limiter l'accès aux données ou de leur fixer un prix très élevé (Chantre et Puel [2009], §78), et d'autre part que les acteurs extérieurs au consortium ne soient pas en mesure de répliquer ces études à un coût équivalent ou proche.

Cette seconde condition conduit donc à s'interroger sur la composition du consortium. Pour que celui-ci puisse véritablement avoir des effets anticoncurrentiels, un consortium doit couvrir une part suffisamment importante du marché pour que les acteurs extérieurs au consortium ne puissent plus faire face aux coûts fixes de la réglementation de manière profitable. Notons que les membres du consortium peuvent alors aussi bien être en relation horizontale (il s'agit alors pour les concurrents A et B d'évincer un troisième concurrent C) ou conglomérale (A et B utilisent la même substance sans être concurrents et s'organisent en consortium pour évincer C et D, qui agissent respectivement sur les marchés de A et de B). Une analyse économique des effets anticoncurrentiels d'un consortium ne pourrait donc se faire qu'au cas par cas, en évaluant le montant des surcoûts générés par le fait de ne pas appartenir au consortium (par rapport aux membres). Ce surcoût sera, au final, égal au plus faibles des deux termes suivants : la différence entre le coût supporté par les membres du consortium et le coût supporté par les non-membres dans le cadre de la réalisation du dossier en commun sans l'apport des données issues du consortium (option d'une stratégie alternative de production de l'information), ou la différence entre le coût supporté par les membres du consortium et le coût facturé par les membres du consortium lors de la revente de données (option d'une stratégie contrainte d'achat des données).

Face à l'incertitude liée à ces effets potentiels anticoncurrentiels, la doctrine juridique tend à privilégier l'option de consortiums ouverts, accessible à tous. L'avantage d'une telle option en termes de bien-être collectif est toutefois incertain, puisqu'elle pourrait remettre en question tout ou partie des gains d'efficacité liés à une meilleure sélection et organisation des acteurs.

### Les règles de partage des coûts

REACH consacre une obligation de partage des informations disponibles, complétée par une possibilité des membres producteurs de demander officiellement des informations concernant les études disponibles. Les articles 26 et 27 du Règlement précisent la démarche de partage des études et des coûts.

Dans le cas de nouvelles substances ou de substances existantes n'ayant pas été préenregistrées, la démarche est la suivante : 1/ le déclarant potentiel doit mener une enquête pour savoir si la substance a déjà fait l'objet d'un enregistrement dans les 12 dernières années, 2/ le cas échéant, le déclarant potentiel contacte le déclarant antérieur et lui demande les informations relatives aux tests sur des vertébrés<sup>1</sup> et, si le déclarant le souhaite, les informations relatives aux tests sur des invertébrés. Un accord de partage équitable des coûts des études devant être trouvé, et 3/ en cas d'accord la transaction se fait. En cas de désaccord, l'ECHA est informée et autorise le déclarant potentiel à donner la référence des informations possédées par le déclarant antérieur, moyennant un partage des coûts. Lorsque la substance a été préenregistrée, la démarche de partage d'informations se fait dans le cadre du SIEF. Chaque membre producteur peut alors demander une information aux autres acteurs, et un état des lieux des études existantes possédées par les membres doit être établi.

Dans chacun de ces cas (nouvelle substance ou substance préenregistrée) un accord doit être trouvé sur le partage des coûts. Les modalités de ce partage de coûts ne sont pas précisées dans le Règlement, mais les annexes renvoient aux méthodes économiques d'allocation de coûts fixes entre co-bénéficiaires de ces investissements. Deux questions sont alors particulièrement cruciales : quelle est la valeur intrinsèque de l'étude en question (dépend t-elle de son coût de réalisation, de sa qualité, de sa date de réalisation) ? Comment répartir ce coût entre les différents membres du forum ou du consortium (la répartition doit-elle se faire en fonction de l'importance accordée à la substance, de la date d'arrivée du demandeur dans le forum, dans le consortium, etc.) ?

La théorie économique fournit sur ce point des outils de répartition des coûts, développés notamment pour estimer la répartition des coûts de réalisation et/ou d'entretien d'un réseau en fonction du positionnement de chaque agent sur ce réseau. De façon classique, notamment à la suite de H. Moulin et Y. Sprumont [2007], il faut en effet distinguer la « théorie de la pleine responsabilité », où chaque utilisateur est responsable du coût qui découle de sa propre consommation (par exemple la valeur de Shapley), et la « théorie de la responsabilité partielle », où seules les différences dans le niveau de consommation justifient des coûts différents (par exemple la répartition proportionnelle). Le choix entre ces deux théories, comme au sein de celles-ci, du critère qui sera retenu, relève toutefois d'un choix initial quant aux exigences de répartition que veulent mettre en place les décideurs du processus de partage des coûts (ici les acteurs d'un SIEF ou d'un consortium, ou l'ECHA dans le cas où une méthode donnée serait finalement imposée).

L'application de ces méthodes dans le cas de REACH se révèle cependant d'une grande complexité. Il faut en effet pouvoir évaluer de manière objective la

---

<sup>1</sup> La législation REACH cherche en effet à limiter au maximum les expérimentations sur les vertébrés.

qualité d'une étude, avant de déterminer le juste rendement<sup>1</sup> devant revenir au membre titulaire des droits sur cette étude, sous peine de le voir se retirer en exerçant sa clause de retrait<sup>2</sup>. Les études à mobiliser étant potentiellement nombreuses, et le nombre d'acteurs élevé, les accords sur les partages de coûts pourraient être légitimement difficiles à conclure. Il pourrait donc être difficile à l'ECHA de distinguer entre des désaccords dus à de réelles divergences sur la nature des coûts et ceux dus à des manœuvres stratégiques d'ayant-droits qui refuseraient tout partage raisonnable pour renchérir les coûts de leurs concurrents.

### Le retrait volontaire d'un SIEF

Une entreprise peut refuser d'échanger et donc d'alimenter le "pot commun" d'informations requises à condition de démontrer, alternativement, que le fait de travailler avec les autres générerait un coût disproportionné pour elle, que le partage d'information générerait un réel handicap commercial, ou qu'il existe un différend sur l'information que le leader (ou l'ensemble du SIEF) juge nécessaire de mobiliser dans le cadre de l'enregistrement.

Cette dernière exception constitue, à notre sens, une reconnaissance implicite des difficultés liées à la mutualisation de ce processus d'implémentation au vu de l'information demandée. Le risque de stratégies anticoncurrentielles et notamment d'augmentation des coûts des rivaux dans ce cas dépend de l'importance des données dont dispose la firme en question. Il nous paraît toutefois *a priori* peu probable, ou tout du moins peu fréquent, en cas de stratégie de retrait isolé, que l'ensemble des membres du SIEF soient dans l'incapacité de reproduire à un coût équivalent (ou proche) l'étude dont dispose la firme choisissant de se retirer. Néanmoins, l'existence de possibilités de retrait du SIEF sur la base de critères qualitatifs et difficiles à trancher (qu'est-ce qu'un coût disproportionné ? Un réel handicap commercial ?) crée des incitations pour des démarches de type « passager clandestin », dans lesquelles certains acteurs profiteraient d'une partie de l'information mutualisée avant de refuser de partager l'information qu'ils détiennent.

### UNE ABONDANCE STRATEGIQUE D'INFORMATIONS

Les stratégies d'abondance d'informations sont liées au risque de voir les agents utiliser les demandes et échanges d'informations de REACH pour perturber ou amoindrir la concurrence. Dans ce cadre, la stratégie qui semble la

---

<sup>1</sup> Notion qui relève sans doute autant de la rationalité économique que du contexte culturel des acteurs.

<sup>2</sup> Voir *infra* la section suivante pour une présentation de cette possibilité.

plus immédiate est celle d'un partage d'informations de marchés dans un but de coordination anticoncurrentielle. Nous étudierons également la possibilité de stratégie d'abondance d'informations dans le cas, plus spéculatif, où une firme (ou plusieurs firmes) crée(nt) plus d'informations que celles strictement nécessaires dans le but de renchérir le coût d'accès à ces dernières.

### L'échange d'informations sensibles<sup>1</sup>

Le risque le plus évident dans le cadre de la mise en place de REACH tient à l'échange d'informations sensibles et détaillées entre des concurrents regroupés dans un même SIEF, voir au sein d'un même consortium. La Commission européenne a évidemment immédiatement pris conscience de ce risque, ce qui explique sans doute l'avertissement en préambule de l'article 48 de la Directive au terme duquel : « Le présent règlement ne devrait pas porter préjudice à l'application pleine et entière des règles communautaires de concurrence ». A ce titre, il est « recommandé » aux participants du SIEF : de ne pas avoir d'activités illégales (telles que la formation de cartel), de limiter leurs échanges aux données concernant leurs obligations vis-à-vis de REACH, et de prendre des mesures de prudence lorsqu'elles sont amenées à échanger des données sensibles.

Cette recommandation permet de décomposer ce risque d'échange d'information en deux aspects. D'une part, les entreprises pourraient utiliser stratégiquement les SIEF et/ou les consortiums pour organiser des ententes. La législation n'est alors qu'un vecteur indirect de la pratique anticoncurrentielle. Les forums d'échanges joueraient alors le rôle de certains syndicats professionnels ou autres organismes collectifs, qui abritent et facilitent la mise en place d'ententes illicites (voir notamment M. Deschamps et F. Marty [2008]). D'autre part, et de manière sans doute plus intéressante, l'application stricte de la réglementation comporte par elle-même des risques d'atteinte à la concurrence de par l'information qu'elle nécessite. L'information demandée porte en effet pour partie sur des données sensibles, en ce qui concerne les coûts de production, les substances utilisées ou les procédés d'utilisation. De la même façon, l'identification des alternatives peut altérer la concurrence en contribuant à homogénéiser les produits.

La législation REACH prend en compte ce dernier aspect en requérant l'utilisation de fourchettes relatives aux seuils définis par REACH plutôt que des chiffres précis, voir l'usage d'un tiers de confiance pour recueillir et exploiter de façon centralisée ces données, en vue d'éviter toute utilisation anticoncurrentielle des données individuelles. Par ailleurs, le Règlement se concentre essentiellement sur les données nécessaires à l'établissement du dossier technique initial. Il n'aborde pas le problème de l'analyse socio-économique, alors même que cette dernière nécessite de faire un bilan concurrentiel de

---

<sup>1</sup> Pour une présentation générale de cette thématique on consultera F. Venayre [2004].

l'industrie afin d'estimer l'impact d'une interdiction sur les coûts et donc sur les prix. Or, ce volet productif de l'analyse socio-économique requiert de façon incontournable une connaissance précise des positions concurrentielles, de la structure des coûts et des profits actuels afin d'estimer la probabilité de transmettre (*passing through*) ces coûts sur les prix. La précision de ces informations est ainsi cruciale puisque ce sont les coûts productifs de l'interdiction qui seront ensuite comparés aux gains en termes sanitaires et environnementaux, afin de décider de l'autorisation ou de l'interdiction de la substance en question. Or, rien n'est officiellement prévu pour encadrer cette phase du processus d'enregistrement ou pour assurer la collecte et l'échange de données concurrentielles extrêmement sensibles<sup>1</sup>.

Au final, les stratégies possibles d'échanges d'informations dans le cadre de REACH nous paraissent plausibles et peu susceptibles de produire des effets pro-concurrentiels. Le fait que le risque ne dépende pas seulement d'une utilisation stratégique de la législation mais également, pour partie, des demandes de la législation elle-même est un cas original de tension entre réglementation et concurrence, qui nécessitera vraisemblablement une modification de l'usage des structures de mutualisation de l'information.

#### Une abondance destinée à renchérir les coûts des rivaux

De manière sans doute moins évidente, il nous semble qu'une firme (voir plusieurs) peut (peuvent) avoir intérêt à sur-dimensionner les études qu'elle(s) réalise(nt) dans le but d'accroître les coûts liés au respect de la législation REACH.

En effet, si l'on songe au cas d'une firme dominante sur le marché d'une substance, cette dernière peut chercher à renchérir les coûts de ses rivaux en augmentant l'étendue et la qualité de ses études sanitaires et environnementales, c'est-à-dire en renchérissant son prix et donc en augmentant le coût fixe de tous les acteurs présents sur le marché qui souhaitent y avoir accès. L'intuition est la suivante : REACH impose à chaque participant du forum de mettre à disposition l'information issue de ses études, moyennant une rétribution raisonnable. Une firme qui mènerait des études volontairement surdimensionnée serait en mesure de répercuter cet excès de coûts sur l'ensemble des acteurs au moment de fixer la rétribution de l'étude. L'augmentation de ce coût d'entrée sur le marché due à la stratégie de la firme dominante serait par la suite subie par l'ensemble des acteurs impliqués par la substance.

---

<sup>1</sup> Un point paradoxal réside dans le fait que ce volet productif de l'analyse socioéconomique demande explicitement d'identifier, parmi les coûts possibles d'une interdiction réglementaire, les distorsions de concurrence qui pourraient, par exemple, résulter du choix d'une alternative sur laquelle un des acteurs serait en monopole. En d'autres termes, la nécessité légitime d'identifier les possibles distorsions de concurrence requiert un partage d'information déjà susceptible de distordre la concurrence.

Cette idée, à première vue surprenante puisque la firme dominante s'handicape autant que ses concurrentes, peut pourtant dans certains cas être parfaitement rationnelle.

En effet, comme le démontre le modèle de W. Rogerson [1984], il peut être profitable pour une firme leader de Stackelberg et en mesure d'augmenter autant qu'elle le souhaite les coûts fixes, d'accroître ceux-ci de manière à établir un prix-limite qui dissuade les entrants potentiels de pénétrer le marché.

Notons que cette stratégie peut être le fait d'une entreprise au sein du forum d'échanges, en vue d'augmenter le coût des participants à ce forum, ou une stratégie mise en place par l'ensemble des membres du forum. L'objectif serait alors de faire peser le surdimensionnement de ces coûts sur les acteurs désireux par la suite d'utiliser les études du processus d'enregistrement pour justifier son enregistrement auprès de l'ECHA. La stratégie s'apparenterait alors à une volonté collective des acteurs présents sur le marché d'ériger une barrière à l'entrée de futurs concurrents.

## CONCLUSION

La législation REACH, aux dires de l'ECHA [2009, p.4], représente : « le plus important projet législatif adopté par l'Union européenne ces dernières années et constitue la législation sur les produits chimiques la plus ambitieuse du monde ». Elle a pour but de « renforcer la compétitivité de l'industrie chimique européenne en créant des incitations à l'innovation et en éliminant les distorsions du marché intérieur causées par la fragmentation du régime législatif antérieur ».

Ainsi, il semble à première vue qu'il s'agit là d'un vaste progrès dans la sécurité sanitaire, la préservation environnementale et l'utilisation des vertébrés dans le cadre d'expériences. Toutefois, outre les coûts inhérents à ce type de changement législatif drastique, nous avons montré qu'il existe de nombreuses façons de pervertir cet idéal d'accroissement du bien-être. Il s'agit donc, à notre sens, d'un nouveau terrain d'analyse tant pour les économistes que pour les autorités en charge des affaires de concurrence, afin que l'ordre public sanitaire en environnemental ne vienne pas, ou le moins possible, pervertir l'ordre public concurrentiel.

## REFERENCES BIBLIOGRAPHIQUES

CHANTRE, S. et PUEL, F. [2009], "REACH : A highly technical regulation that raises distribution and competition issues", *Concurrences*, n° 2-2009

- DESCHAMPS M. , [2009], "Comment affecter ses concurrents grâce au Droit ? Les stratégies d'augmentation des coûts des rivaux", in *Stratégies juridiques*, A. Masson (ed), Larcier, à paraître.
- DESCHAMPS, M. et MARTY, F. [2008], "L'imputabilité des infractions et l'efficacité des sanctions dans le cadre d'entente impliquant des organisations syndicales professionnelles", *Revue Lamy Concurrence*, n °17, Octobre/Décembre, pp. 71-81.
- ECHA, [2009], "Programme de travail pluriannuel 2009-2012", document disponible en libre accès sur le site Internet de l'ECHA, 33 p.
- MOULIN, H. et SPRUMONT, Y. [2007], "Fair allocation of production externalities : recent results", *Revue d'Economie Politique*, vol. 117, n°1, pp. 7-36.
- ROGERSON, W. [1984], "A Note on the Incentive for a Monopolist to Increase Fixed Costs as a Barrier to Entry" *Quarterly Journal of Economics*, vol. 99, n°2, May, pp. 399-402.
- VENAYRE, F. [2004], « Échanges d'informations : les jurisprudences française et communautaire à l'aune des prédictions théoriques », *Revue d'Économie Industrielle*, n° 108, pp. 91-112.
- VINCENT, A. et GARDERES, N. [2008], "REACH, les consortiums et le droit de la concurrence", *BDEI*, n°14, Mars, pp. 36-38.