

# Strategische und rechtliche Überlegungen für Kooperationen bei der Beantragung von REACH-Zulassungen

Ursula Schliessner, Dr. Thomas Jestaedt, Gyöngyi David

Jones Day

REACH-Zulassung Workshop

München, 11. Dezember 2014



One Firm Worldwide<sup>SM</sup>

# Zusammenfassung

## Strategische und rechtliche Überlegungen

- Auswirkungen der Zulassungssituation eines Unternehmens auf seine Marktposition
- Vor- und Nachteile einer Kooperation mit anderen Unternehmen
- Konsortien, Ja oder Nein? Erfahrungen
- Wettbewerbsrechtliche Belange und Kosten der Zulassung

# Abkürzungen

AfA	Application for Authorization
AoA	Analysis of Alternatives
CBI	Commercially sensitive and therefore, Confidential Business Information
DU	Downstream User
LAD	Latest Application Date ( <i>set in Annex XIV REACH</i> )
RAC	ECHA - Risk Assessment Committee ( <i>national experts</i> )
SEA	Socio-Economic Analysis
SEAC	ECHA - Socio-Economic Analysis Committee ( <i>national experts</i> )
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union

# Kosten der Zulassung



# Kosten der Zulassung – Möglichkeiten der Kostenersparnis

## ECHA Verwaltungsgebühren

- Zulassung am oberen Ende der Lieferkette
- Verringerung der Anzahl der antragstellenden juristischen Einheiten in einer Unternehmensgruppe
- Verringerung der Anzahl der Verwendungen für die eine Zulassung beantragt wird
- Gemeinsame Antragstellung

*Beispiel für gemeinsame Antragstellung:*

- 1 grosse Gesellschaft, 5 Verwendungen = ECHA Gebühren für jedes Unternehmen EUR 95.940
- wenn gemeinsamer Antrag (5 Gesellschaften) = ECHA Gebühren für jedes Unternehmen EUR 51.160

## Vorbereitung des Zulassungsantrags

- Teilung der Kosten der Antragsvorbereitung mit anderen Unternehmen in einem Konsortium, wenigstens für CSR und AoA

## Kommunikation / Lobbying während des Antragsverfahrens

- Gemeinsame Antragstellung oder Übereinkunft am gleichen Tag den Antrag zu stellen führt zu öffentlicher Konsultation und gleichartigen /gleichzeitigen Fragen von RAC und SEAC

# Kosten der Zulassung - Finanzielle Nachteile einer Kooperation

- Die unterschiedlich aktive Mitarbeit der Kooperationspartner, Vertraulichkeitsüberlegungen und die unterschiedliche Datenlage (z.B. Expositionsdaten) der Unternehmen sind teilweise schwer zu koordinieren und können zu Kostensteigerungen führen. Die Kooperation ist ein Kostenfaktor an sich
- Wenn die Kriterien und Verfahren der Zusammenarbeit nicht von vorneherein festgelegt werden, können Kostenersparnisse am Ende nicht verwirklicht werden (es kann z.B. vorkommen, dass die Kooperationspartner im Laufe des Verfahrens erkennen, dass es für sie besser wäre, eine eigene Zulassung zu beantragen als sich auf die Zulassung ihres Lieferanten zu verlassen; oder z.B. werden Alternativen während der Vorbereitungsphase entdeckt; oder z.B. ändern Unternehmen ihr Geschäftsmodell und die früheren Kooperationspartner fallen dann weg)



# Auswirkungen der Zulassungssituation eines Unternehmens auf seine Marktposition

- Die Tatsache, dass Umweltorganisationen etc. und Wettbewerber aktiv am öffentlichen Anhörungsverfahren teilnehmen zeigt, dass die Zulassung einen wirtschaftlichen Wert an sich darstellt
- Wenn ein Unternehmen sich auf eine Zulassung weiter oben in der Lieferkette verlässt, wird seine Marktsituation schwächer, weil es automatisch von seinen Lieferanten abhängig ist, die uU den Markt verlassen
- Die Lieferanten verändern ständig ihr Produktportfolio und werden ihre Kunden dazu zwingen wollen, (teurere?) Alternativen zu kaufen
- Eine REACH Zulassung zu haben, bedeutet mittelbar, dass man die Genehmigung hat eine Anlage zu betreiben und Produkte zu verkaufen. Das erhöht den Unternehmenswert im Falle eines Verkaufs
- Je länger der Überprüfungszeitraum, desto besser die Marktposition und die Planungssicherheit

# Vor- und Nachteile einer Kooperation mit anderen Unternehmen

## A) Vorteile



- Kostenersparnis
- Mehr Wissen (AoA, Expositionsdaten)
- Harmonisierte Position für AoA (Überprüfungszeitraum)
- Bessere Möglichkeiten für Antrag am oberen Ende der Lieferkette (wenn viele DU danach fragen, können die Lieferanten sich nicht verweigern) und daher erhöhte Liefersicherheit (für viele KMUs ist die Beantragung einer eigenen Zulassung zu teuer und zu schwierig (kein Personal, kein Wissen))



# Vor- und Nachteile einer Kooperation mit anderen Unternehmen

## B) Nachteile



- Kostenrisiken
- Zeitmanagement (Koordination braucht Zeit)
- Risiko der Verkürzung des Überprüfungszeitraums weil die Kooperationspartner sensitive Informationen über Alternativen, Entwicklung und sozioökonomische Auswirkungen nicht mitteilen können oder wollen
- Die Harmonisierung der Expositionsdaten oder die Nutzung von Modellen anstatt Daten muss evtl. von den schlechtesten Zahlen oder dem kleinsten gemeinsamen Nenner ausgehen und kann daher die Chancen auf eine erfolgreiche Zulassung oder den Überprüfungszeitraum verkürzen
- Es gibt ein ständiges Risiko, unabsichtlich den Wettbewerbern die Unternehmensstrategien zu verraten

# Konsortien, Ja oder Nein? Erfahrungen

## A) JA

- Der Sinn von Konsortien ist die Sammlung von Informationen die ansonsten schwierig zu sammeln wären, die Möglichkeit die Strategie für die Zulassung zu harmonisieren (Definition der Verwendung, Alternative vorhanden oder nicht etc.), die Möglichkeit einen Zulassungsantrag am oberen Ende der Lieferkette herbeizuführen, und hoffentlich Kostenersparnisse
- Konsortien sind die einzig mögliche Form der Kooperation. Die Zusammenarbeit innerhalb von Verbänden erlaubt nicht die Einbeziehung der nachgeschalteten Anwender (DU) oder der Lieferanten weiter oben in der Kette
- Konsortien in denen die DU nicht mitmachen, werden Schwierigkeiten haben, die notwendigen Daten für die AoA und SEA zu sammeln
- Für KMUs ist die Beteiligung in Konsortien oder die Bezugnahme auf eine Zulassung des Lieferanten weiter oben in der Lieferkette oft der einzig gangbare Weg, um weiterhin Anhang XIV Substanzen verwenden zu dürfen

# Konsortien, Ja oder Nein? Erfahrungen

## B) NEIN

- Wenn man ein Konsortium mit seinen stärksten Konkurrenten aufmacht, dann macht das oft keinen Sinn, weil diese nicht kooperieren und Daten bereitstellen wollen, es sei denn die Konkurrenten haben die gleichen Lieferanten oder DUs
- Es muss eine Gemeinsamkeit an Verwendungen innerhalb des Konsortiums geben
- Spezielle Verwendungen machen in einem Konsortium keinen Sinn

# Konsortien, Ja oder Nein? Erfahrungen

## C) Erfahrungen

- Konsortien sollten mindestens 2 Jahre vor dem Datum der letzten Antragstellung (LAD) errichtet werden, denn die Sammlung der Daten braucht Zeit. Konsortien, die im letzten Augenblick gegründet werden, sind nicht erfolgsversprechend
- Je komplizierter das Konsortium (mehrere Substanzen, mehrere Anwendungen), desto höher die Kosten
- Große Konsortien haben ihre eigene Dynamik und brauchen eine starke Führung
- Konsortien nur auf der Ebene der DU machen wenig Sinn, denn sie erlauben nicht, die Zulassungsanträge oben in der Lieferkette einzureichen und werden daher nicht zu erheblichen Kostenersparnissen führen
- Die Dynamik der Industrie sollte nicht unterschätzt werden. Das Interesse der Konsortialteilnehmer ändert sich oft während der Laufzeit eines Konsortiums (Konkurs, Unternehmenskauf- und verkauf, Forschungsergebnisse, Änderung des Produktportfolios, Delokalisation)

# Konsortien, Ja oder Nein? Erfahrungen

- Es scheint unmöglich zu sein, ein Konsortium zu gründen was einen vollständigen Industriesektor repräsentiert. Daher ist eine komplette Harmonisierung der Strategie nie möglich
- Es gibt bis jetzt nur wenige Zulassungskonsortien (... und relativ wenige Zulassungsanträge) (Anwendungen unterschiedlich?, Geschäftsgeheimnisse?, Möglichkeiten die Substanz zu ersetzen?, Delokalisation?, Chemikalie als Zwischenprodukt?)
- Ein erheblicher Teil der Zeit für Konsortiummanagement muss auf die Kommunikation mit Dritten verwendet werden

# Informationsaustausch

- Als Kartellrechtsproblem
- „Geheimwettbewerb“
- Preise und Mengen, aber auch Innovationen
- Zwischen Wettbewerbern
- Auf der gleichen Stufe (horizontale Wettbewerbsbeschränkung)
- Auf unterschiedlichen Stufen, z.B. Hersteller und OEM (vertikale Wettbewerbsbeschränkung)

# Kartellrechtliche Regelungen

- Artikel 101 AEUV und § 1 GWB: Bezweckt oder bewirkt der Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung? (restriction „by object“ or „by effect“). Praktische Konsequenzen
- Traditionelle Auffassung: Informationsaustausch grundsätzlich nur problematisch, wenn Wettbewerbsbeschränkung „bewirkt“ wird. EuGH, 28.5.1998 – C-7/95 (UK Tractor/John Deere)
- Neuere Entscheidungen: Informationsaustausch über sensible Themen bezweckt Wettbewerbsbeschränkung. EuGH, 4.6.2009 – C-8/08 (T-Mobile Netherlands)
- Leitlinien zur horizontalen Zusammenarbeit vom 14.1.2011 (Punkte 74 und 75): Informationsaustausch über künftige Preise und Mengen *bezweckt* grundsätzlich Wettbewerbsbeschränkung
- Rechtsfolgen: Geldbußen (bis 10% vom weltweiten Umsatz) + Schadenersatz Geschädigter (Kunden, Wettbewerber)

# Tatsächliches Risiko – Informationsaustausch für legitimen Zweck?

- Viele Kartelle entstehen aus degenerierter Verbandstätigkeit (z.B. Süßwaren-Fall des BKartA 2013, B11-11/08)
- Außenseiter
- Kunden
- Streit zwischen Konsortialmitgliedern
- Konsortialzusammenarbeit im Rahmen von REACH bedingt Verwendung sensibler betriebswirtschaftlicher Informationen (Kosten, technische und kaufmännische Alternativen)



# Offenlegung von Informationen bei Zulassungen

- Jedes beim ECHA eingereichte Dokument ist öffentlich zugänglich (außer vertrauliche Anhänge):
  - Umfangreiche Informationen über die Verwendungen bei der Zulassung. Art. 64 Abs. 2 REACH-VO
  - Bereits durch Registrierung öffentlich zugänglich. Art. 119 REACH-VO
  - Recht auf Zugang zu Dokumenten von EU-Organen nach VO 1049/2001 (EuG – *Greenpeace Fall*)
- Bei gemeinsamen Zulassungsanträgen haben alle Antragsteller Zugang zum vollständigen Antrag, einschließlich der vertraulichen Anhänge
- Bestimmte wettbewerbsrelevante Informationen (vertrauliche Geschäftsinformationen). Art. 118 Abs.2 REACH VO

# Informationsaustausch zur Vorbereitung von Zulassungsanträgen - in der Praxis

- CBI identifiziert durch Antragsteller im ersten Antrag
  - in der AoA, die Substanzfunktionen, d.h.
    - Details zu den Aufgaben des Stoffs, kritische Eigenschaften und Qualitätskriterien
    - Faktoren, die die Verwendbarkeit der Alternativen beeinflussen
    - die wirtschaftliche Durchführbarkeit der Alternativen
- CBI identifiziert durch Antragsteller im zweiten Antrag
  - Informationen über die Umweltauswirkungen
  - Teile der Wirtschaftsdurchführbarkeitsanalyse: Preis des Stoffes, Kosten für die Betriebsumwandlung, Kosten für eine neue Lizenz
  - Angaben der historischen, laufenden und geplanten Forschung

# Behandlung von Vertraulichkeit durch bisher eingereichte gemeinsame Zulassungsanträge

- Erster Fall: zwei unterschiedliche vertrauliche Anhänge
  - gemeinsamer Anhang für alle Antragsteller und ein vertraulicher Anhang mit bestimmten Daten der "*Hauptantragsteller*"
  - Verwirrend für Außenstehende und Konsortialmitglieder (?), da nicht klar ist, welche Art von Informationen in welchem Anhang sind
- Zweiter Fall: keine Angabe von Details zur Anwendung (dh des Forschungsprogramms), auch nicht in den vertraulichen Anhängen
  - Es bleibt abzuwarten, wie sich eine solche Lösung auf Kommentare von Dritten und RAC / SEAC Stellungnahmen auswirken wird

# Austausch vertraulicher Informationen unter Wettbewerbern bei REACH

- Informationsaustausch unter Wettbewerbern kritisch, soweit er zu Transparenz bei Kosten, Preisen und Innovationen führt
- Je aktueller und individualisierter, desto kritischer. Aggregierte und anonymisierte Informationen eher unkritisch
- Chemische Industrie ist hoch konzentriert mit wenigen Anbietern auf einzelnen Märkten. Zersplitterte Gruppen nachgeschalteter Anwender
- Chemische Industrie steht im Fokus der Kartellbehörden: viele Kartellfälle aus jüngster Zeit
- Hohes Risiko beim Informationsaustausch

## Vorsichtsmaßnahmen - Verhaltenskodex

- Informationen über technische Machbarkeit grundsätzlich eher unkritisch (außer wenn geschütztes Know-How involviert ist)
- Informationen über wirtschaftliche Machbarkeit grundsätzlich kritisch (CBI)
- Sammlung von CBI und Darstellung in einer neutralisierten und aggregierten Form durch einen unabhängigen Dritten unkritisch
- Bei einem gemeinsamen Antrag
  - (1) Sammlung und Einreichung von CBI durch Berater
  - (2) Beschränkung des Zugangs des einzelnen Konsortialmitglieds zum gemeinsamen Antrag in der REACH-IT
  - (3) Follow-up-Kommunikation zwischen der ECHA und den gemeinsamen Antragstellern ausschließlich über den Berater
- In Zweifelsfällen Informationen eher als CBI einstufen, auch wenn dies dem Transparenzinteresse der Öffentlichkeit widerspricht

JONES  
DAY®

One Firm Worldwide<sup>SM</sup>