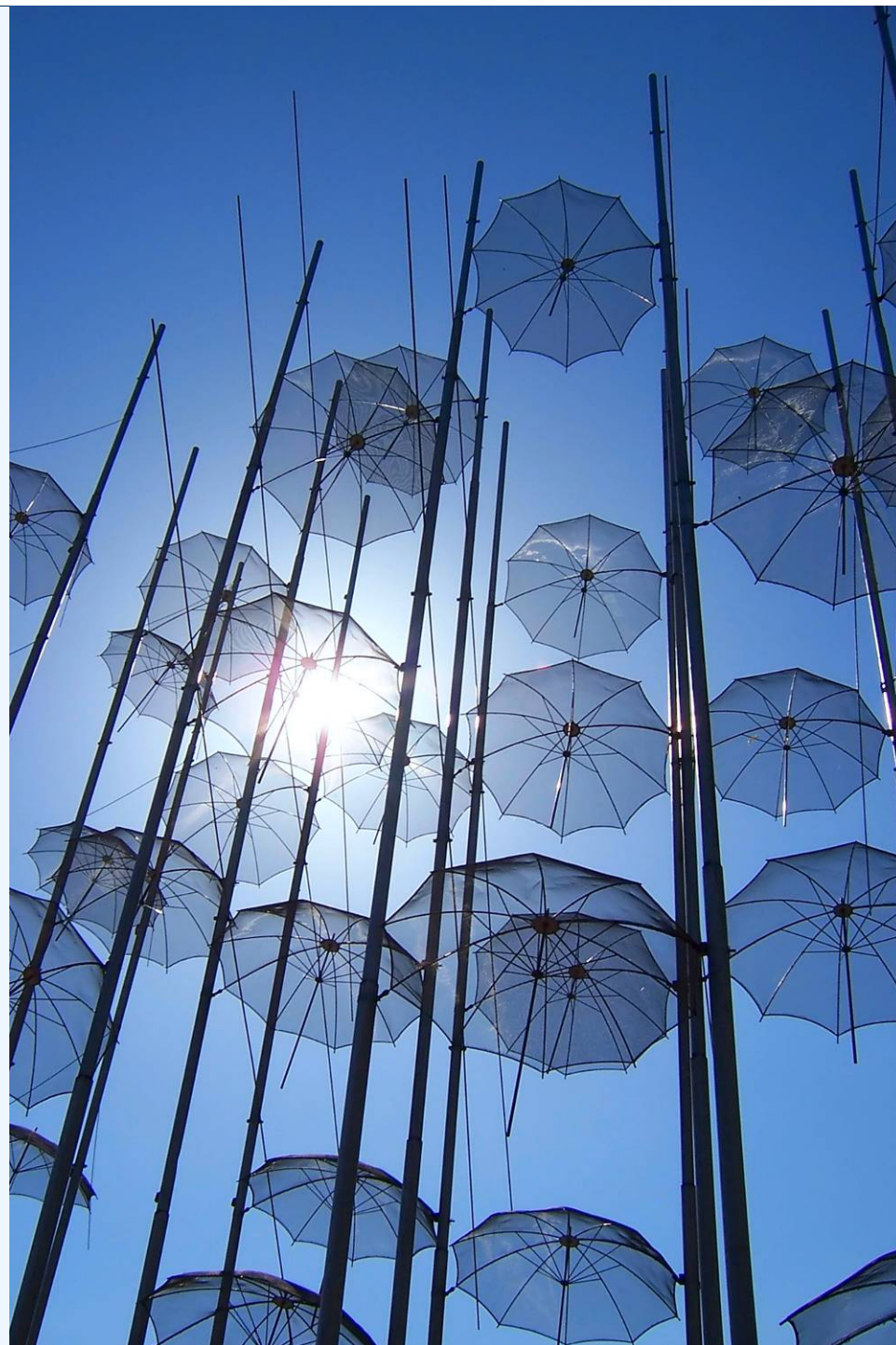


变相卡特尔

欧盟竞争法下竞争者间的
企业合营

Frank Montag, 22.10.2013

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP



纲要

以企业合营(JVs)方式进行合作

- 欧盟对待企业合营的方法
- 企业合营作为达成“变相卡特尔”的一种工具
- 自我评估
- 一般原则
- 生产
- 商业
- 研发
- 购买
- 信息交换

企业合营的溢出效应

- 欧盟《合并控制条例》下适用《欧盟运行条约》第101条

以企业合营方式进行合作

作为企业合营协议的多样性——复杂的分析

- 企业合营和其他松散型横向合作协议之对比——法律结构和管理的不同
- 企业合营经常同时涉及结构变化（典型方式是设立一家共同所有的企业或者收购一家既存企业的股份）以及合作协议的要素



欧盟对待企业合营的方法

“在符合《合并控制条例》的全功能企业合营与符合《欧盟运行条约》第101条的非全功能企业合营之间，往往只存在细微的差异。因此，它们产生的效果可能非常相似。”（欧委会2011年《横向合作协议指南》）

- **全功能合营企业**

- 合营企业拥有持续性地作为自主经济实体所需的所有功能
- 依据欧盟《合并控制条例》审查

- **合作型合营企业**

- 合营企业不具有自主经济实体所需的全部功能（比如只进行研发或者生产，不进行销售或者市场开发）
- 依据《欧盟运行条约》第101条审查

- **混合型合营企业**

- 全功能合营企业同时具有合作特征
- 在欧盟合并控制中适用两类审查：
 - 依据《合并控制条例》：审查集中方面
 - 适用《欧盟运行条约》第101条：审查协同方面（溢出效应）



非全功能企业合营作为达成“变相卡特尔”的工具

合作型企业合营是竞争对手间的一种普遍合作方式，可能产生明显的促进竞争效应而不会违反欧盟竞争规则

- 比如，当母公司没有资源去单独实施合营企业的行为时
- 但是，合营企业也可能作为一种实现“变相卡特尔”的工具——母公司可能利用合营企业的结构去实现：
 - 固定价格
 - 限制产量
 - 划分市场或客户
 - 进行超出合营企业正常运行所需的商业敏感信息的交换
 - 封锁特定投入品或产出品市场

合营企业：自我评估

适用《欧盟运行条约》第101条进行自我评估

- 合营企业是否符合《欧盟运行条约》第101条意义上的限制竞争
- 合营企业是否符合《集体豁免条例》的条件？
 - 研发豁免
 - 专业化豁免
- 合营企业是否符合《欧盟运行条约》第101条第3款的条件
 - 欧委会发布了有关如何评估那些不属于集体豁免范围的横向合作协议的指南（2011年《横向合作协议指南》）



企业合营：评估的一般原则

可能限制竞争？

- 那些目标是为了共同决定价格、产量或者划分市场或客户的企业合营损害竞争
- 其他类型的企业合营基于系列因素也可能减少竞争：
 - 合作的性质
 - 当事人的市场地位（比如高市场份额）
 - 新竞争者进入市场的难度
 - 市场的活力
 - 合营企业计划的存续期限

基于效率而具备正当性？

- 即使企业合营限制竞争，它们仍可以基于《欧盟运行条约》第101条第3款进行抗辩：
 - 必须产生效率（比如更低的成本、提升产量或更好的质量或服务）
 - 企业合营是产生那些效率必不可少的手段，没有对竞争造成更少限制的其他方式实现这些效率
 - 客户必须能够适当分享产生的利益
 - 不会实质性地排除相关市场的竞争



研发型企业合营

研发型企业合营

定义

- 研发型企业合营的形式多样，业务范围涉及从事外围的特定研发活动，联合开发既存的技术，以及合作从事新产品的研究、开发以及营销

市场势力/安全港

- 研发型企业合营只有在合作当事人在既存市场上具有市场势力或者与创新相关的竞争明显降低时，才可能对竞争产生限制性影响
- 竞争对手之间的研发协议可以豁免，只要他们共同市场份额低于**25%**，并且符合《研发豁免条例》的其他条件
- 涉及完全的新产品的研发合作不太可能限制竞争，除非只有有限数量的可信赖替代性研发力量存在

竞争风险

- 创新的减少，导致市场上的产品更少或更差
- 降低协议之外主体之间的竞争
- 反竞争性的协调
- 封锁——比如，当合营企业的母公司之一对某种关键技术拥有实质性的市场力量，并导致排他性效果时

研发型企业合营的例证

案例

- A和B是欧盟市场上两家主要的电子零部件生产商，均拥有30%的市场份额
- A和B均投入大量资金用于研发微型化电子零部件，并且研发出了早期的原型。
A and B 现同意通过设立一家合营企业将各自的研究成果予以整合，完成最终的研发并生产零部件，而这些零部件要回售给母公司，而合营企业与母公司之间在商业上保持独立。
- 该市场除两家公司外都是一些小型公司，它们没有足够的资源去进行必要的投资。

竞争分析

- 如果批准合营企业成立发展，则市场上将仅剩下一家企业能实现必要的生产技术，而A和B似乎均可以通过各自不同的产品进入市场。
- 合营企业也可能直接限制协议当事方之间的竞争，导致它们在产出水平、质量或其他重要的竞争要素上达成一致
- 市场可能发展为成本高度趋同的双寡头市场，并且可能交换敏感性商业信息
- 当合营企业能够以带来新技术的方式产生效率时，协议当事方另一方面在研发层面不会面临竞争，因此它们追逐跟更高层次技术的动机会明显降低
- 合营企业可能带来限制性影响

(欧委会2011年《横向合作协议指南》)



生产型企业合营



生产型企业合营的分析

定义

- 通过企业合营的方式进行共同生产的企业，即一家被共同控制的企业运营一个或数个生产设备

市场势力/安全港分析

- 如果共同的市场份额不超过相关市场的**20%**，并且其他条件也符合，则适用《专业化集体豁免条例》
- 一般而言，一个集中度较高的市场更可能导致对竞争的限制性影响
- 即使当事方的市场份额以及市场集中度高，如果市场是动态的，比如市场进入以及企业市场地位的变化很频繁，则限制竞争的风险仍然可能很低。

竞争风险

- 直接限制母公司之间的竞争（比如固定价格、限制产量、划分市场与客户）
- 交换敏感性商业信息或者提升成本的一致性可能会导致反竞争性的协同行为
- 封锁相关市场的第三方（比如当事方在上游市场进行联合生产可能导致下游市场某种关键成分的价格上涨）。

生产型企业合营的例证

案例

- 为生产中间产品X，A和B设立一个生产型合营企业，该合营企业负责它们所有X产品的生产
- X的生产成本是最终产品Y的可变成本的70%，而A和B在下游就Y展开竞争
- A和B在Y产品市场上分别拥有20%的市场份额，该市场的市场进入受到一定的限制，并且长期来看，企业的市场份额相对稳定
- A和B在X产品的销售市场上分别拥有40%的市场份额
- X产品市场有很高的进入障碍，并且既存的生产商几乎在运营其所有产能
- Y产品市场上存在另外两家强有力的供应商，每家拥有15%的市场份额，同时还存在一些规模较小的竞争者

竞争分析

- 由于该生产型合营企业的存在，A和B能够在很大程度上控制在Y市场上基础投入品X对它们的竞争对手的供应。这将使得A和B有能力通过提高X的价格或者减少产出，从而提高它们竞争对手的成本。
- 规模经济收益不太可能超出对竞争产生的限制性影响。
- 因为对下游潜在的反竞争性封锁效果，合营企业可能导致反竞争效果。

(欧委会2011年《横向合作协议指南》)



商业型企业合营



商业型企业合营的分析

定义

- 商业型企业合营涉及竞争对手在出售、分销或者替代性产品的改进方面进行合作。基于合作涉及的市场的功能，这类企业合营涉及的范围很广。

市场势力/安全港分析

- 大部分案件中，如果当事方共同的市场份额不超过**15%**，则一般不会出现市场势力

竞争风险

- 固定价格——联合出售协议一般是为了在母公司的定价政策方面进行协调
- 产出限制——母公司可能决定在市场上出售的产量，从而限制供应
- 划分市场或客户——当事方的生产工厂处于不同的地域市场或者协议具有互惠属性
- 敏感性商业信息的交换——涉及合营企业内外各方面，或者涉及成本的趋同化，导致协同行为

例证：联合商业行为是进入某市场所必需

案例

- 四家提供洗熨服务的公司，每家各占某城市整个洗熨服务市场的**3%**，达成协议设立一家合营企业，目的是向机构客户（如旅店、医院等）提供洗熨服务，同时保持各自的独立性，并继续保持它们在当地就个人客户展开竞争的自由。
- 对于新增的部分需求（机构客户），它们设置了统一的商标、价格以及服务条款，特别是最多**24**小时内完成工作的条款。
- 为确保该项目的可行性，四家企业签订了协议
- 该市场非常分散，没有单独的竞争者超过**15%**的市场份额。

竞争评估

- 尽管协议各方的共同市场份额低于**15%**，涉及价格固定的协议仍意味着《欧盟运行条约》第**101**条第**1**款应该适用
- 但是，当事人无法各自单独或者少于目前协议的**4**家成员企业进入为机构客户提供洗熨服务的市场。
- 固定价格限制对于提升共同的商标以及该项目的成功是不可或缺的。

(欧委会**2011**年《横向合作协议指南》)

购买型企业合营

购买型企业合营分析

定义

- 购买型企业合营涉及母公司联合购买合营企业的产品，两个市场可能受到影响：
 - 与合营企业直接相关的市场，即上游相关购买市场
 - 出售市场，即协议各方作为销售商而存在的下游市场

市场势力/安全港分析

- 如果当事方在购买市场以及出售市场的合计市场份额均不超过**15%**，则不太可能出现市场势力
- 如果购买型合营企业在某购买市场中的总产量中占很大的比例，则反竞争性买方力量可能出现
- 一般而言，如果当事方在出售市场没有市场势力，购买型合营企业不太可能导致竞争问题

竞争风险

- 如果合营企业作为一种达成固定价格、限制产量或划分市场的工具，则可能导致限制竞争的效果
- 通过限制他们获得足够的供应去封锁竞争性的购买者——只有当只存在有限的供应商，并且上游市场的供应方面存在市场进入障碍时才可能
- 可能存在合营企业的母公司强迫供应商降低他们生产的产品的范围或质量的风险
- 出售市场上出售方围绕价格展开竞争的动机可能大大下降



购买型企业合营的例证

案例

- 两家连锁超市设立一家联合购买产品的合营企业，其负责购买的金额约占两家企业可变成本的**80%**。
- 在一个涉及不同种类产品的相关购买市场中，母公司合计的市场份额为**25%-40%**。在相关出售市场中，它们合计的市场份额为**60%**。
- 市场上还存在其他四家比较有竞争力的零售商，每家拥有**10%**的市场份额
- 市场进入不太可能

竞争分析

- 该合营企业可能使得当事方有能力去协调它们在出售市场的行为，从而导致协同性结果。当事方在出售市场拥有市场力量，合营企业使得成本显著的趋同。此外，市场进入不太可能。
- 合营企业也导致一种风险，即当事方抑制需求，相应地，可能导致数量下降，下游出售价格上升
- 获得的效率不太可能传递给消费者
- 合营企业可能导致对竞争的限制

(欧委会2011年《横向合作协议指南》)

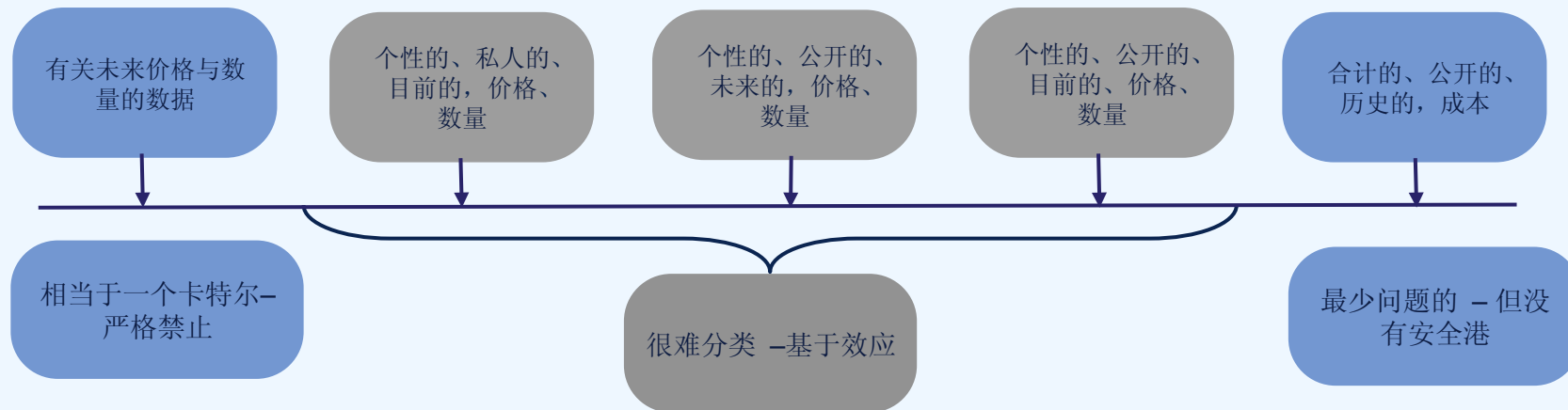
信息交换

信息交换

关键问题：

- 合营企业发挥功能所需的信息交换要素
- 何种水平上哪些信息可以交流？
 - 母公司水平
 - 合营企业水平
 - 母公司与合营企业之间
 - 防火墙可能需要考虑
 - 如果母公司与合营企业在同一市场运营，则需要特别注意该问题

信息交换——欧盟的态度



欧盟指南明确的若干因素：

市场因素	信息类型
集中度	商业敏感性？
透明度	细分
类似竞争者	公开、私下
需求不确定性	目前、未来
复杂市场	策略变量

信息交换是否影响了数量、产品质量、产品多样性或者创新？

企业合营中的信息交换

竞争关注?

协同性结果: 通过提升市场透明度, 交换策略信息, 从而便利共谋

反竞争性封锁:

限制竞争为目的: 竞争者之间有关未来价格或数量的信息交换

限制竞争的效果: 对信息交换所发生的市场条件依个案进行分析

生产型合营企业中的例证

为生产一种新产品 X, A 和B设立合营企业

它们需要分享信息, 比如生产的成本、计划的产量

在为生产X所必需的范围内交换信息不会损害竞争

为避免竞争关注:

- 不在生产X产品的范围外进行信息交流
- 不进行不必要的信息交换, 比如X的拟定价格或者顾客名单
- 在A和B的销售业务方面建立防火墙

企业合营的溢出效应

- 欧盟《合并控制条例》下适用《欧盟运行条约》第101条

一般原则

当一个合营企业的设立导致其母公司之间的竞争行为的协同风险（溢出效应）时，委员会将基于《欧盟运行条约》第101条进行实质性评估：

“如果构成企业集中的合营企业的建立目标或作用是协调仍然独立的企业的竞争行为，这种协调应根据条约第101条第（1）和（3）款进行评估，以确定这一做法是否与共同市场相容。”（《企业合并控制条例》第2条第4款）

- 相应地，全功能合营企业，将基于两项测试去判断是否导致溢出效应：
 - “实质性阻碍有效竞争”测试
 - 基于《欧盟运行条约》第101条去评估溢出效应



委员会的分析框架

在评估一个合营企业是否导致溢出效应时，委员会需要考虑《合并控制条例》第2条第5款的两项因素：

- “是否有两个或两个以上母公司在合营企业活动的市场、或是在该合营企业市场的上游或下游市场、或在与该市场紧密相关的邻近市场保留了大量活动”
- “作为建立合营企业产生的直接后果的协调是否使相关企业具有消除在相当部分的产品和服务方面竞争的能力”
- 因此，评估某合营企业母公司之间导致溢出效应的风险，委员会将：
 - 首先，界定待检验的市场，即协调效应的“备选市场”
 - 其次，基于若干标准去评估溢出效应的可能性
- 经济条件在委员会的分析中具有重要地位（比如Fujitsu/Siemens案）

委员会的实质标准

评估某合营企业导致溢出效应的可能性时，委员会适用下列标准：

- **因果关系**：合营企业的设立与溢出效应风险之间是否存在因果联系？（*Téléfonica/Portugal Telecom/ Médi Telecom and Arcelor/ThyssenKrupp/Steel 24-7*）
- **限制竞争的可感知性**：母公司是否有充分的市场力量去实施协同行为？
 - **母公司的市场份额**：母公司是否拥有很高的市场份额？
 - **母公司之间的竞争性重叠**：母公司相互是主要的竞争对手？
 - **实际或潜在竞争**：母公司是否面临实质性的实际或潜在竞争？
 - **竞争的活力**：竞争的性质如何影响竞争的范围？（*Ericsson/Nokia/Psion*）
 - **市场特点**：市场结构有助与实施协同行为？（*Fujitsu/Siemens*）
 - **协同的动机**：母公司是否有动机去实施协同个行为？（*NC/Canal+/CDPQ/Bank America*）
- **成员国间贸易的可感知性影响**：欧盟外的市场中发生的协同行为一般不相关

基于《欧盟运行条约》第101条第3款的单独豁免

第101条规定导致严重反竞争效果的协议无效，除非其可以基于第101条第3款获得豁免

- 如果某合营企业要基于第101条第3款获得豁免，需要证明：
 - 竞争没有被排除
 - 所有限制措施都是必不可少的
 - 消费者能够获益
 - 将推动产生或分销
- 目前为止，委员会没有在任何被确定存在溢出效应风险的合营企业上适用第101条第3款
 - 当溢出效应风险很高时，会接受承诺 (*BT/AT&T, Areva/Urenco/ETC JV, Fujitsu/Siemens*等)



委员会确定溢出效应会带来何种后果？

那些导致可预期的溢出效应的合营企业，如果不符合第101条第3款的标准，就可能被禁止，尽管到目前为止还没有出现这类先例

- 截止2011年12月31日，大约110项决定涉及基于《合并控制条例》下分析合营企业可能的溢出效应，电信与互联网领域的案件分析的最为详细
 - 只有少量案件在第一阶段便要求通过救济措施处理溢出效应(*Fujitsu/Siemens, Canal +/CDPQ/Bank America*等案件)
 - 第二阶段调查: (*BT/AT&T, Areva/Urenco*等案件)
- 《合并控制条例》没有明确对溢出效应的评估是否只在申报阶段实施，是否委员会可能在批准交易后继续检验溢出效应
 - 主流观点：一旦委员会基于《合并控制条例》批准某企业合营，则不应再基于第101条进行后续的溢出效应评估。



欧盟与德国合并控制的对比：合营企业的溢出效应

尽管欧委会必须基于合并控制程序检验合营企业的潜在溢出效应，德国卡特尔局可以在批准企业合营后，再依据《欧盟运行条约》第101条审查溢出效应

- 最近的案例说明，这种做法对商业而言可能导致法律不确定性的提升

德国卡特尔局解散化学贸易合营企业

- 2012年11月，卡特尔局要求解散16前年批准的合营企业CVH Chemie-Vertrieb

碾压式沥青行业合营企业面临深入调查

- 通过对碾压式沥青行业的调查，卡特尔局发现四家主要企业间存在合作网络，特别是通过对一些合营企业的持股实现合作（最后报道见2012年10月）
- 卡特尔局号召相关企业在15个月内解决相关的结构性关联问题。时间截止后，卡特尔局将启动相关执法程序。



谢谢!

This material is for general information only and is not intended to provide legal advice.

© Freshfields Bruckhaus Deringer LLP 2013