



小島国際法律事務所  
東京都千代田区五番町2-7  
五番町片岡ビル4階 〒102-0076  
Tel: 03-3222-1401 Fax: 03-3222-1405

## ドイツ法・EU法セミナー

### ご案内

ドイツは名目 GDP 世界第 4 位の経済大国であり、これまでも数多くの日本企業がドイツに進出してあります。自国の経済規模が大きいことに加え、EU 域内市場へのアクセスもよく、投資環境も安定していることから、ドイツは今後も日本企業にとって魅力的な市場であり続けるものと思われます。

ドイツでのビジネスを成功させるためにはその法規制をよく理解する必要があります。当事務所はドイツでビジネスを行う日本企業を支援するため、2017 年 9 月に労働法及び会社法を中心とするドイツ法に関するセミナー、2017 年 11 月に EU 一般データ保護規則 (GDPR) に関するセミナー、昨年 10 月に EU 競争法セミナーを開催しました。2017 年のドイツ法セミナーではドイツの労働法・会社法の専門家である金子浩永ドイツ弁護士、GDPR セミナーでは GDPR への対応も含めた EU 域内のデータ保護法対応の実務経験が豊富な Dr. Philip Kempermann ドイツ弁護士、昨年の EU 競争法セミナーでは Dr. Rainer Velte ドイツ弁護士を招いて、各分野の概要及び実務対応を解説しました。今回のセミナーでは、労働法及び会社法を中心とするドイツでのビジネスに密接に関連する法令全般を金子ドイツ弁護士に、ドイツでのビジネスを行う際に注意すべきドイツ及び EU 競争法の全般 (合併規制、合弁会社の設立・運営に関して留意すべき規制、販売店契約に関して留意すべき規制、代理店契約に関して留意すべき規制、競争法に関するリスクマネジメント、等) を Dr. Velte ドイツ弁護士が解説致します。(なお、Dr. Velte ドイツ弁護士の解説はすべて英語で行います。ただし、適宜日本人弁護士が日本語での要約を行います。)

本セミナーは、垂直的制限に関する規制を中心とする、EU 域内に進出する日本企業が押さえておくべき EU 競争法のポイントを理解する絶好の機会になると思います。奮ってご参加下さい。

なお、今回のセミナーは、(株) NRW ジャパンが後援しております。(株) NRW ジャパンは、ドイツ国内で最も多くの日本企業が進出している都市・デュッセルドルフが所在するノルトライン・ヴェストファーレン (NRW) 州の経済振興公社の日本法人です。

#### 概要

日時:	2019 年 10 月 3 日 (木)	13:00 開始	17:00 終了予定
		(12 時 30 分より受付開始)	
場所:	アルカディア市ヶ谷 私学会館 【4 階 飛鳥】		
	※参加者数により市ヶ谷近辺の別会場となる場合は再度ご連絡致します。		
講師:	金子 浩永 (ドイツ弁護士)、Rainer Velte (ドイツ弁護士)		
	高橋 直樹 (弁護士)		
参加費用:	無料		
参加申込:	E メール (詳細は以下の「参加申込」欄をご覧ください)		
主催:	小島国際法律事務所、Heuking Kühn Lüer Wojtek PartGmbH		
後援:	NRW Japan K.K. (ドイツ NRW 州経済振興公社日本法人)		



小島国際法律事務所  
東京都千代田区五番町2-7  
五番町片岡ビル4階 〒102-0076  
Tel: 03-3222-1401 Fax: 03-3222-1405

### 【プログラム】

13:00 – 13:05	開会の辞 小島国際法律事務所代表パートナー小島秀樹弁護士
13:05 – 14:30	第1部 ドイツビジネス法の解説 (金子ドイツ弁護士)
14:30 – 14:40	休憩 (10分)
14:40 – 16:40	第2部 ドイツ及びEU競争法の解説 (Dr. Velte ドイツ弁護士)
16:40 – 17:00	質疑応答
17:15 – 18:15	レセプション (於小島国際法律事務所2階会議室)

### 【参加申込】

本セミナーへの参加をご希望される場合には、参加者の下記の必要情報を以下のメールアドレスにお知らせ下さい。なお、会場の都合上、ご希望者多数の場合、ご参加をお断りする場合がございますことをあらかじめご了承ください。お申込み後、ご都合がつかなくなった場合には代理の方にご出席いただくことも可能です (その場合、事前にご一報ください)。

ドイツビジネス法 (競争法、会社法及び労働法等) に関する疑問・質問等がありましたらお申込みのメールにその内容をご記載いただくこともできます。個別にご回答を差し上げることはできませんが、可能な限り、講義の中でお答えするように準備させていただきます。

なお、セミナー後、当事務所にてレセプションを開催致します (軽食・お飲み物を準備致します)。講師及び他の参加者と交流するよい機会かと存じますので、是非ともご参加下さい。

E メールアドレス : [seminar@kojimalaw.jp](mailto:seminar@kojimalaw.jp)

必要情報 : ①会社名、所属部署名及び肩書 ②お名前 ③E メールアドレス及び電話番号

(電話番号は緊急の連絡がある場合にのみ利用いたします。) ④ドイツビジネス法に関するご質問 (有る場合のみ) ⑤レセプション参加の予定 (有り又は無し)

小島国際法律事務所  
担当窓口 吉倉、山地

Tel: 03-3222-1401 Fax: 03-3222-1405 Email: [seminar@kojimalaw.jp](mailto:seminar@kojimalaw.jp)



小島国際法律事務所  
東京都千代田区五番町2-7  
五番町片岡ビル4階 〒102-0076  
Tel: 03-3222-1401 Fax: 03-3222-1405

### 【講師紹介】

金子 浩永 (Hironaga Kaneko) (ドイツ弁護士)

1969年から駐在員である父親の仕事の関係でドイツ滞在、現地の中学、高校、大学を卒業して1988年からホイキング・キューン・リュア・ボイテック法律・税務事務所で勤務、1992年からは共同経営者、現在に至る。労働法及び会社法をはじめ、企業活動に関わるドイツの法律につき、アドバイスを提供する。日本語、英語、ドイツ語による対応が可能。



Dr. Rainer Velte (ドイツ弁護士)

ホイキング・キューン・リュア・ボイテック法律・税務事務所の共同経営者。  
EU競争法及びドイツ競争法の専門家。豊富な実務経験を有する。  
大学にてEU競争法及びドイツ競争法の講義も担当。  
英語、ドイツ語、フランス語による対応が可能。

高橋 直樹 (弁護士)

2005年京都大学法学部卒業、2007年京都大学法科大学院卒業、2017年米国 New York University School of Law 修了 (LL.M. in IBRLA)。2008年弁護士登録。外資系法律事務所を経て、2009年より小島国際法律事務所で勤務。2013年5月から2015年7月まで任期付公務員として経済産業省通商政策局経済連携課に勤務し、日EU・EPAの政府間交渉(競争章・投資章など)にも従事。

## 1. 歴史

EU競争法の母法はアメリカ法です。アメリカ反トラスト法が立法されたのは1890年（明治23年）です。日清戦争の前、米国東部13州が独立宣言をしたのが1776年、更に1789年、米国連邦政府が成立します。南北戦争（1861-65）後の不況からの回復発展の過程で、鉄鋼、石油、鉄道、砂糖等の産業における企業結合としてのトラスト、カルテルが生まれ独占力の行使が行われました。これに対処すべく、独立自営の商工業者・農民の政治的要求から州レベルの反トラスト法が26の州で成立します。その後、連邦法としてのシャーマン法が1890年に成立します。これによって大規模企業による市場支配に対する国家干渉をできるようにしました。

1911年、スタンダードオイル事件で、トラストの企業結合が解体されました。この判例で制限の性質効果が反競争的である場合にのみシャーマン法が適用される（Rule of Reason）合理の原則が判例で導入されました。

第一次大戦後の1920年代、価格カルテル、共同ボイコット等に対する「当然違法」（Per se illegal）原則が確立されました。

## 2. シカゴ学派の台頭と知財への適用

知的財産権ライセンスのハーバード学派の訴追方針では"Nine no-no's"、9つの原則禁止（当然違法）の条項類型が1975年に、司法省によって示されました。

1) 原材料部品の抱き合わせ、2) アサインバック、3) 特許製品の再販売価格の拘束、4) 競争品取扱制限、5) licenseeによる第三者への許諾の制限、6) 強制的一括実施許諾、7) 合理性のないロイヤルティー算定基礎、8) 製法特許許諾による最終製品についての拘束、9) 特許製品の価格拘束、です。

その後、ガイドライン改定がなされ、シカゴ学派の考え方に沿ってRule of Reasonが大幅にもち込まれました。

## 3. Leegin の米連邦最高裁判決

2007年、皮製品のメーカーと小売事業者間の最低再販売価格維持条項を、Rule of Reasonで判断すると判例が出されました。縦の関係におけるPer se illegal原則（Dr. Miles 事件連邦最高裁判決 1911年）を変更したことになります。約100年間通用した原則が変更されました。シカゴ学派の独禁法解釈への浸透を示す画期的事件です。

#### 4. EU法と米国法の対比

1) 米法のシャーマン法は1890年、クレイトン法1914年（重要な改正Celler-Kefouerer Actは1950年）に対し、国法としての競争法がヨーロッパにめばえたのは第二次大戦後である。1958年のヨーロッパ共同体によって導入。

2) 競争法の理論は米国からくる。シカゴ学派が、厳格な法律要件による違法認定を、経済的アプローチで変更した。"Leniency programmes"（自首した場合の刑の減免）も米国から出てきた制度である。EUその他の国（日本）も米国法を母法としている。

3) 米国法は最初から刑事法として出発している。EU法は今でも刑事法の構成をとっていない。

4) Rule of reason, Per se illegalの構成をEUはとっていないが、規制の実態は類似している。しかし1984年のAT&Tの分割のような司法介入の仕方はヨーロッパではされていない。Merger controlにおける実質基準は米国の方が厳しいと考えられる。

5) 独禁法事件の75%は私訴（private enforcement）で行われている米国。米国では理論的には当初より可能であったが、私訴が重要な役割を演じ出すのは1960年代以降である。ヨーロッパでは私訴は0に近い（日本もこれに近い）。その理由として、

- a) discovery の制度の違い
- b) contingency fee（ドイツでは違法とされる）
- c) 三倍賠償（ドイツにはない）
- d) クラス・アクション（ドイツにはない）
- e) 敗訴原告の被告弁護士費用負担の責任がない（ドイツにはある）

#### 5. 現在の傾向

a) 独禁法を公益の合理化のひとつとして用いる。例えば、日米貿易合意協定案（2014年8月）ではAI（人工知能）のアルゴリズムや、ソフトウェアの設計図にあたるソースコードなど機密情報を国が開示を求めることは禁止。但し独禁法違反のおそれがあれば開示を例外的に求められる。独禁法の他に、個人情報保護法への抵触、消費者の安全に関わる場合も国が開示を求められる。

b) GAFANAなど個人データを大量に扱う企業に対し、各国で個人情報保護の徹底を求める声が強まるのと、大手市場支配力を問題視し、反トラスト法違反で米司法者が調査開始した（2019年9月28日（土）日経朝刊）。2019年9月に入り米50州地域の司法長官がグーグルとフェイスブックへの調査を表明。

c) EU競争法当局、2018年7月18日、グーグルに競争法違反で5700億円（43億4286万5000ユーロ）制裁金命令（控訴中）。自社アプリの使用を不公正なかたちで強要した嫌疑。EU競争法当局、インテルに独禁法違反で1566億円（14億5千万ドル）の制裁金（2009年5

月)。10億6千万ユーロ。Advanced Micro Devices (AMD) からの訴え。

元々の競争秩序の維持から、シカゴ学派の考え方に沿って、消費者への利益を重視、その後、ポストシカゴの現在、EU も米国も国益重視の観点に基軸が動きつつある。もっとも巨大な私的権力の成長に対し極度の警戒心をもって対応するのは、所得税のなかった頃（第一次大戦前）からの米国の本能的性格・傾向であるように思う。

(以上)

注 南北戦争時に導入された法人所得税は1877年に撤廃。1890年「マッキンリー関税」で平均関税率48%という史上最高水準へ。シャーマン議員の主導による独占禁止法の効果を打ち消すほど、国内市場の独占形成への誘因となる。1894年所得税導入上下両院可決されるも、連邦最高裁が違憲判決（1895年4月）。その後、1909年法人税可決され、合憲判決（直接税でなく免除税として）。州への比例配分に関係なく直接税を合憲とする憲法改正も行われ、直接税を合憲とする改正が成立（1913年）。上下両院の3分の2以上の可決に加え、全州の4分の3以上の賛成が必要。独占・寡占への規制は、独禁法と所得税法（法人税も含む）の両方を用いて、大企業と議会・大統領とのせめぎ合いが1890～1917年頃の政治状況であった。

2020年8月 記述を一部修正しました。

## Doing Business in Germany - Competition Law Aspects

2019年10月3日

### 目次

- A. 導入（ドイツでビジネスを行う方法）
- B. 競争法の基礎
- C. 企業結合規制
- D. 競争制限的な合意
- E. 市場における支配的地位の濫用
- F. 公的及び私的な競争法のエンフォースメント
- G. 競争法に関するリスク管理及びコンプライアンス

#### A. 導入

##### ドイツでビジネスを行う方法（P4）

- ① 既存の現地企業の取得（株式又は資産の取得）
- ② 現地企業との合弁契約の締結
- ③ 現地子会社又は支店の設立
- ④ 現地企業との販売店契約（distribution agreement）の締結
- ⑤ 現地企業との代理店契約（agency agreement）の締結
- ※ いずれの方法でも競争法上の問題を検討する必要がある。

#### B. 競争法の基礎

##### EU 競争法と加盟国の国内競争法の適用関係（P6～P7）

（一般原則）

- EU 加盟国間の通商（trade）に影響する場合にはEU 競争法が適用される。
- 企業結合規制を除き、EU 競争法とドイツ競争法は並列的に適用される。
- EU 競争法とドイツ競争法が抵触する場合、EU 法が優越する。
- EU 競争当局とEU 裁判所はEU 競争法のみを適用する。
- ドイツ競争当局（FCO）とドイツ裁判所はEU 競争法とドイツ競争法を適用する。

（競争法の立法管轄に関する一般原則）

- 国外で事業活動を行う企業の行為であっても、その企業の行為がその国の競争に対

して実質的な影響を与えることが予見される場合、その行為に対してその国の競争法が適用されると考えられている（効果理論）。

- 当事者は、契約の準拠法は選択できるが、適用される競争法は選択できない。

### EU 競争法の 3 つの柱 (P8)

- ① 企業結合規制：事前規制、市場構造に対するコントロール
- ※ EU 競争法が適用される場合は EU 競争法、EU 競争法が適用されない場合はドイツ競争法が適用される。
- ② カルテルの禁止：事後規制、行為に対するコントロール
- ※ EU 競争法とドイツ競争法は調整されており、EU 競争法とドイツ競争法は並列的に提供される。
- ③ 市場における支配的地位の濫用の禁止：事後規制、行為に対するコントロール
- ※ EU 競争法とドイツ競争法は並列的に適用され、EU 競争法と矛盾しなければ、EU 競争法よりも厳しいドイツ競争法の規制はそのまま適用される。

### 市場の定義 (P9)

(市場画定の目的)

- 企業結合規制：影響を受ける市場の構造に対する企業結合の影響の査定
- カルテルの禁止：
  - ① 競争制限の程度の重大性に関する検討
  - ② 加盟国間の通商 (trade) に対する影響の検討
  - ③ Block Exemption Regulation の適用の可否の検討
- 市場における支配的地位の濫用：市場支配の有無の検討

(市場画定)

- 市場は製品（商品又は役務）の観点と地理的観点から画定される。
- ※ 市場画定の基準は競争法の 3 つの柱により異なる。
- ① 関連製品市場：
  - ・ 市場の逆側（供給者にとって購入者、購入者にとって供給者）により、特性、価格及び用途の観点から、代替可能であるとみなされる商品又は役務のすべてを含む。
- ② 関連地理的市場
  - ・ 企業が関連する商品又は役務を提供している地域であり、その中の競争環境が同質であり、特に、競争環境が相当程度異なることから隣接する地域から区別できる地域をいう。



## C. 企業結合規制

### 企業結合に関する事前届出 (P11)

- 企業結合規制は市場構造に影響する事業活動に適用される（合併及び合弁契約等）。
  - ① 事前規制であり、取引実行前に届け出て、競争当局の承認を得る必要がある。
  - ② ただし、下記の場合には事前届出義務が免除される。
    - ① 株式公開買付（TOB）又は証券取引所を通じた株式取得の場合
      - ※ 但し、遅滞のない届出が必要であり、競争当局の承認があるまで、株式取得者は議決権を行使することができない。
    - ② 競争当局による免除の場合（当事者による要請があり、競争当局が即時実行の必要性を認めた場合）
      - ※ 実務上、当局による免除が認められる場合はほとんどない。
- ※ 関連規定はARC（Act against Restraints of competition）の41条と81条
- ※ ガン・ジャンピング：競争当局の承認が下りていない段階で取引を実行すること

### 企業結合規制の不遵守の帰結及び制裁 (P12)

- ① M&Aに関する法律行為の無効
  - ※ 事後の届出及び競争当局の承認により遡及的に有効とすることができる
- ② 制裁金（企業グループ全体の売上高の10%が上限）＋行為者への過料
- ③ 競争当局による合併又は合弁契約の解消の命令
- ④ M&A取引の無効及び法的不安定による財務的影響
- ⑤ 損害賠償請求
- ⑥ 社会的評価の低下
- ⑦ 企業価値の毀損
- ⑧ 上場企業に関する適時開示義務
- ⑨ 競争当局対応に要する費用及び時間
- ※ 合弁契約の締結に関しても企業結合規制が適用され得ることに留意

### M&A取引にドイツ競争法の企業結合規制が適用される場合 (P13)

(M&A取引に関してドイツでの事前届出が必要となる要件)

- ① ドイツ競争法上の「結合（concentration）」に該当すること
- ② ドイツ競争法上の売上高等に関する閾値を越えていること
- ③ EU競争法の企業結合規制が適用されないこと
- ※ EU競争法の企業結合規制がドイツ競争法の企業結合規制に優越する点には留意
- ※ EU競争法の企業結合規制が適用されない場合、各加盟国の競争法の企業結合規制が並列的に適用され得る（複数国の競争当局への届出が必要になる場合あり）。

## ドイツ競争法の「結合 (concentration)」の要件が認められる場合 (P14)

- ① ある企業が他の企業の資産の全部又は重要な部分を取得する場合 (資産取引)
- ② 一つ又は複数の企業が、他の一つ又は複数の企業の全部又は一部に対する直接又は間接の支配を獲得する場合 (単独又は共同での支配)
- ③ ある企業が、少なくとも、他の企業の資本又は議決権の少なくとも(i) 50%又は(ii) 25%を獲得する場合 (株式取引)
- ※ 複数の企業が同時に又は順次、少なくとも 25%の株式を取得した場合、その株式取得はそれらの企業の結合とみなされる (合弁)。
- ※ 50%と 25%の双方が基準値となっているのは、25%を超えている状況において新たな取引により 50%を超えた場合にも要件に該当するということである。
- ④ 一つ又は複数の企業が他の企業に対して直接に又は間接に重要な競争上の影響を行使することを可能とする他の行為
- ※ ドイツ競争法の企業結合規制は、EU 競争法の企業結合規制よりも広範であり、一定範囲の半数以下の株式保有及び full functionality (出資会社の支援・関与を受けなくとも独立して運営できること) を有しない合弁企業の設定にも適用される。

## ドイツ競争法の企業結合規制の適用に関する閾値 (P15)

(売上を基準とする閾値)

- 直近の事業年度において、①企業結合を予定している企業の全世界での売上高を合わせた金額が 500M ユーロ超であること、かつ、②少なくとも、一つの企業のドイツ国内での売上高が 25M ユーロ超、かつ、他の企業のうちの一つの企業のドイツ国内での売上高が 5M ユーロ超であること

(企業結合取引の対価を基準とする閾値)

- ①直近の事業年度において、企業結合を予定している企業の一つのドイツ国内での売上高が 25M ユーロ超であり、かつ、他のいずれの企業のドイツ国内での売上高が 5M ユーロ以下であること、②企業結合取引の対価が 400M ユーロであること、かつ、③企業結合の対象となる企業がドイツ国内で実質的な活動を行っていること

(企業結合規制に関する届出が不要な場合)

- 他の企業に支配されておらず、かつ、いずれの企業グループにも属していない企業であり、その全世界での売上高が 10M ユーロ未満である企業が、他の企業と企業結合をする場合
- ※ ドイツ競争法の企業結合規制は、対象となる企業結合が community dimension を有しない場合にのみ適用される点に留意 (community dimension を有する場合には EU 競争法が適用される)。

**community dimension が認められる場合 (P16)****A**

- ① 企業結合を予定している企業の全世界での売上高を合わせた金額が 5B ユーロ超であり、
- ② それらの企業の EU 域内での売上高が 250M ユーロ超であり、かつ、
- ③ 各企業の EU 域内の売上高の 3 分の 2 超が一つの同じ EU 加盟国で上げられている状況ではないこと

**B**

- ① 企業結合を予定している企業の全世界での売上高を合わせた金額が 2.5B ユーロ超であり、
- ② それらの企業の売上高を合わせた金額が、3 つ以上の EU 加盟国において、100M ユーロを超え、
- ③ 上記 3 つの EU 加盟国での売上高のうち、2 つの EU 加盟国での売上高が 25M ユーロを超え、
- ④ 企業結合を予定している企業のうち 2 つ以上の企業の EU 域内での売上高が 100M ユーロを超え、かつ、
- ⑤ 各企業の EU 域内の売上高の 3 分の 2 超が一つの同じ EU 加盟国で上げられている状況ではないこと

**ドイツ競争法の「結合 (concentration)」に関する評価 (P17)**

- 「結合」とは、有効な競争を実質的に阻害し、特に、市場における支配的な地位を形成又は強化することが予測される事象と考えられている。
- 有効な競争を実質的に阻害するかに関しては、EU でもドイツでも、いわゆる「市場支配テスト」が現在でも主として適用されている。
  - ※ SIEC テストは「市場支配テスト」よりも経済学的分析を重視する基準
  - ① 水平的企業結合（競業者間の結合）の場合、企業結合を予定している企業がその企業結合の結果として、市場における価格を上げられるようになるか
  - ② 垂直的企業結合（供給者と需要者の間の結合）の場合、その企業結合の結果として、供給者の競業者が顧客にアクセスすること、又は、需要者が中間的な製品（部品等）を購入することが困難になるか
  - ③ 複合企業の企業結合は、企業結合規制の観点からは、問題が少ない
- 下記の場合、企業結合規制が除外される。
  - ① 企業結合を予定している企業が、「結合」が競争条件を改善し、その改善効果が競争阻害効果を上回ることを論証した場合
  - ② 商品又は役務が少なくとも 5 年間以上提供され、直近の暦年度の売上高が 15M ユーロ未満である市場である場合

## ドイツにおける企業結合規制に関する手続 (P18)

(企業結合に関する届出)

- 企業結合に関する届出は企業結合の実行前に行う必要がある。
- 上記届出は法定された情報を含める必要がある (決まったフォーマットはない)。
- 競争当局 (FCO) との非公式の事前協議は、実務上、①形式的に判断できる要件 (売上高などの閾値) に関する確認が必要な場合、又は、②主たる審査手続 (第2 フェーズ) が行われることが予想される事案である場合に行われる。

(予備審査手続 (第1 フェーズ))

- 期間は約 8 週間
  - 届出のドラフトで 4 週間
  - FCO による正式な質問への対応で 4 週間
- 決定
  - ① 企業結合を禁止しない旨の通知、又は、
  - ② 主たる審査手続を開始する旨の通知
  - ※ ①及び②に関して裁判所で争うことができない。
  - ※ ②は申請者から完全な届出を受領した日から 30 日以内 (ARC の 40 条(1))

(主たる審査手続 (第2 フェーズ))

- 期間は 6 ヶ月から 10 ヶ月
  - 申請者から完全な届出を受領した時点から FCO による 4 ヶ月の正式審査
  - 問題解消措置に関する約束の提案があった場合には 1 ヶ月審査期間を延長
  - 情報提供の要求への対応が遅い又は不完全である場合には一時停止
- 決定
  - ① 承認
  - ② 条件付又は義務付の承認
  - ③ 禁止
  - ※ いずれの決定に関しても裁判所で争うことが可能

## 企業結合に関する契約における競争当局のクリアランスに関する条項 (P19)

- 企業結合に関する契約はその取引が関連する競争当局による承認を得ないと実行することができない旨の前提条件 (condition precedent) の条項を含む必要がある。
- どの競争当局への届出が必要かは企業結合に関する契約に署名する前に確認しておく必要がある。
  - 契約への署名は競争当局からの承認前に行い得るが、クロージングは競争当局からの承認以前に行うことはできない。
- ※ 契約に含めるべき条項例は資料を参照

## ガン・ジャンピングの回避方法 (P20)

- 届出義務がある企業結合に関する取引は、競争当局による審査及び承認後でなければ、実行することはできない（ガン・ジャンピングの禁止）。
  - クロージングは競争当局による承認後でなければならない。
  - 企業結合に関する取引の実行を想定した署名からクロージングまでの期間には競争に影響するような市場に関する情報の交換等の行為は禁止される。
- Due Diligence の実施方法にも注意する必要がある。
  - 秘密保持契約を締結
  - 「クリーンルーム」を設置
  - ※ M&A 準備のために不可欠な情報交換の要請と独禁法違反のリスクを回避する要請のバランスをとるために導入される。
  - ※ メンバーは、通常、外部の専門家（弁護士や会計士等の外部のアドバイザーやコンサルタント）で構成される。
    - ガン・ジャンピングを防止するためのガイドラインを作成
    - 秘密情報を含まないマネジメントへの DD レポート等を作成

## EU 及びドイツ競争法に関するクロージングまでにできること・できないこと (P21)

- 企業結合及び統合の準備に過ぎない以下のような行為は問題ない。
  - ① 適切に実施される Due Diligence（上記参照）
  - ② 統合のために予定された措置を実行するチームの設立
  - ③ 企業結合に関する取引に関わる自社の製品又はサービスのためのマーケティング戦略の策定
  - ④ 取引の性質・目的・影響を個別又は共同で顧客又は公衆に対して情報提供
  - ⑤ クロージング後の一般的な組織構成に関する議論及び合意
  - ⑥ 一般的な事業計画の策定
  - ⑦ 売主に対する通常の事業の継続の義務付け
  - ⑧ 通常の事業活動に属さない取引（会社の全資産の売却等）の禁止
  - ⑨ 企業結合に関する取引の対価の支払い
- 企業結合に関する取引の実行を想定した以下のような行為は問題がある。
  - ① 取引が競争当局に承認されなかった場合に戻す必要がある組織的変更（例：両企業の販売・IT・営業部門の統合、共同の業務執行取締役の選任など）
  - ② 価格、価格表及び価格戦略などの調整
  - ③ 統合された企業として共同で展示会に参加
  - ④ 入札への共同での参加、又は、入札内容の調整
  - ⑤ 顧客の割当、顧客リスト又は顧客の連絡先の交換、共同での顧客との面談
  - ⑥ 共同生産、販売する製品又はサービスのいずれかの企業への割当て
  - ⑦ 売主による買主に対する、自身に指示する権利、又は、自身の行為に関する同

## 意の留保の付与

## 付随的な競争制限 (P22)

- ※ 付随的な競争制限に関しては Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations に記載がある。
- 企業結合に関する取引を承認する決定は、その取引に、①直接関連し、かつ、②その取引の実行に必要な制限（付随的な競争制限）も許容する。
- 許容される付随的な競争制限の典型例
  - ① 対象会社の売主に課す競業避止義務
    - 時間的・地理的に必要な範囲内であれば許容される。
    - のれんの移転の場合は2年、ノウハウも移転の場合は3年まで許容され得る。
    - 引き抜き禁止条項及び守秘義務条項も許容される。
  - ※ 買主に対して競業避止義務を課することは一般的に許されない。
  - ② 対象会社の買主に課す購入義務又は対象会社の供給者に課される供給義務
    - 移行期間として5年まで許容され得る。
    - 制限のない供給義務、独占的供給又は購入義務、優先的供給又は供給義務は付随的な競争制限とはなり得ない。
  - ③ ライセンス契約の締結

## 合弁 (P23)

- ドイツ競争法により合弁設立に関して届出義務が課せられる場合（＝結合（concentration）の要件（P14）＋売上を基準とする閾値（P15）を充足する場合）
  - ① 合弁パートナーであるいずれか2社がそれぞれ合弁の25%以上の株式を保有
  - ② 直近の事業年度において、(a)企業結合を予定している企業の全世界での売上高を合わせた金額が500Mユーロ超であること、かつ、(b)少なくとも、片方の企業のドイツ国内での売上高が25Mユーロ超、かつ、他の企業のうちの一つの企業のドイツ国内での売上高が5Mユーロ超であること
- ※ ①の2社が合弁に対する支配を有しているかどうかは関係ない。
- ※ Full function ではない合弁設立にはEU競争法の企業結合規制は適用されない。
- 合弁は企業結合規制に加えて、競争制限的な合意に関する規制も適用され得る。
- ※ 競争制限的な合意に関する規制は合弁設立時以外の時点でも適用され得る。
- ※ 合弁と合弁を支配する親会社の競争制限的な合意は許容される（グループ内免除）。
- 合弁にも Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations は適用される。

## D. 競争制限的な合意

### 競争制限的な合意の禁止及びその免除 (P25)

※ 禁止及び免除の関連条文は資料を参照

### 規制対象たる合意の種類 (P26)

A 水平的合意（競争者間の合意）に関する規制  
（水平的合意の例）

- 価格又は取引条件に関する合意
- 市場及び顧客の割当
- 製造量又は販売量の制限
- 入札の不正操作
- 市場に関する情報の交換
- 共同販売、共同購入又は共同生産に関する合意
- 研究開発に関する合意

B 垂直的合意（異なる取引段階にある会社間の合意）に関する規制  
（垂直的合意の例）

- 再販売価格の拘束
- （排他的な）顧客又は販売地域の割当
- 専属的購入義務（競業者からの購入禁止）
- 最も優遇されている顧客と同等の条件を要求する条項
- 専属的供給義務
- 選択的流通（一定の基準を満たした流通業者に限定して自社製品を販売すること）
- ライセンス契約

※ 相当程度の競争制限効果がある必要があり、水平的合意に関しては両当事者を合わせた市場シェアが10%未満である場合、垂直的合意に関しては両当事者の市場シェアがそれぞれ15%未満である場合、競争法には違反しない。ただし、ハードコアカルテル（価格固定、市場又は顧客の割当、再販売価格の拘束等）は常に相当程度の競争制限効果があるとされる。

### 規制対象たる合意の形態 (P27)

- 正式な契約等の書面による合意に限らず、非公式な紳士協定又はその他の様々なコミュニケーションの中にもカルテル禁止の規定に反する合意は含まれうる。
  - 業界団体の会合の休憩時間中の非公式な会話でも上記合意は形成され得る。
  - プレスリリースを通じた間接的な連絡でも上記合意は形成され得る。

- カルテルの合意がされた会合の場にいただけてもその合意主体となり得る。
- 競争に関連する情報を交換するだけでも合意を形成する上では十分である。
- 行動を調整するだけで十分であるが、競争の結果として行動がたまたま一致することは競争法違反ではない。
- 業界団体の決定もカルテル禁止の規定に反する合意に該当し得る。

### Block Exemption (一括免除) 規則 (P28)

- 一定の種類の合意は様々な Block Exemption により一括免除されている。
- ※ 競争促進的効果や消費者への便益等が反競争的効果に勝ることが理由

#### A 水平的合意に関する Block Exemption

- ① R&D Block Exemption Regulation (No. 1217/2010)
- ② Specialization Block Exemption Regulation (No. 1218/2010)

#### B 垂直的合意に関する Block Exemption

- ① Vertical Agreements Block Exemption Regulation (No. 330/2010) -VABER
- ② Technology Transfer Block Exemption Regulation (No. 316/2014) - TTBER
- ③ Motor Vehicle Block Exemption Regulation (No. 461/2010) - MVBE

- ある合意が Block Exemption Regulation の基準を満たすかどうかは、各企業が欧州委員会作成のガイドラインに依拠して自分で判断できる。
- 上記 A 及び B の Block Exemption Regulation はドイツ競争法に関しても適用される。
- ※ Block Exemption Regulation の基準を満たさなくとも個別免除の可能性はある。

### 個別免除 (P29)

- 個別免除も各企業が判断するが EU 又は加盟国の競争当局のコントロールに服する。  
(個別免除の 4 つの累積的要件)
- ① 製造若しくは販売を改善、又は、技術的若しくは経済的進歩を促進すること
- ② 上記①による利益に関する消費者への公正な割当があること
- ③ 制限が必要不可欠であること
- ④ 一定程度の競争が残っていること (競争が実質的に消滅していないこと)

### 販売店契約 (ディストリビューション契約) (P30~P31)

#### (基本原則)

- 垂直的合意に関する Block Exemption Regulation は、物品及びサービスの購入、販売又は再販売に関する多くの垂直的合意を免除する。
- 供給者又は購買者のいずれかの市場におけるシェアが 30%を超える場合、垂直的合



意に関する Block Exemption Regulation は適用されない。

- 垂直的合意に関する Block Exemption Regulation は、製品の販売段階では競業者であるが、製造段階では競業者でない場合にも適用され得る。
- ハードコア制限（いわゆる「黒色条項」）は垂直的合意に関する Block Exemption Regulation の恩恵を享受することはできず、それを含む合意全体が免除されない。
- 競業避止義務（いわゆる「灰色条項」）は垂直的合意に関する Block Exemption Regulation の恩恵を享受することはできないが、それを含む合意の残りの部分は免除され得る。

#### （黒色条項）

- ① 価格固定：購入者が販売価格を決定する能力を制限
  - 再販売価格の上限は免除され得る。
  - 拘束力がない推奨再販売価格は免除され得る。
- ② 市場割当：販売地域又は購入者が販売できる顧客を制限
  - 能動的販売の制限は一定の条件の下で免除される。
  - 受動的販売の制限が免除されることはない。
  - オンラインでの販売は受動的販売とみなされる。
- ③ 選択的流通システムにおける制限
  - (ア) 選択的流通システムの小売段階のメンバーによる最終消費者への能動的又は受動的販売の制限
  - (イ) 選択的流通システムの販売店間の相互供給の制限

#### （灰色条項）

- ① 競業避止義務
  - 購入者が競合製品又は役務を製造・購入・販売することを禁止する義務
  - 契約対象の製品若しくは役務又は代替品の全購入量の 80%超を、5 年を超える期間に購入させる義務はこの義務に該当
  - 5 年間を超えて黙示的に更新可能な競業避止義務は期間の定めがないものとみなされ、免除されない
- ② 契約終了後の競業避止義務
  - 売主が契約終了後に契約対象の製品又は役務を製造・購入・販売することを禁止する義務
  - 上記禁止義務の期間が契約終了から 1 年間までであれば免除

#### 代理店契約（P32）

- 真正な代理店契約には EU 競争法は適用されない  
 (代理店の要件)
  - ① 代理店契約では、代理店は本人に代わって契約に関する交渉をし、契約を締結する権限を付与される。

- ② 代理店の行為は本人の行為の一部であり、契約に関する交渉及び契約の締結についての経済的リスクは本人が負担する。
- ③ 本人は、代理店による販売の地域・価格・その他の条件に関する制限、又は、代理店が本人と競合する企業の販売店若しくは代理店となることに対する制限を課することにより、代理店による行為の範囲を固定する。
- ④ 本人が特定の取引・顧客・地域に関して他の代理店を選任することを妨げるなど、本人と代理店との関係を定める条項がある。
- ※ 本人が代理店に対して、競業者の代理店又は販売店として活動することを妨げるような単独のブランドを扱う義務は競争法違反となり得る。
- 真正ではない代理店契約には競争法が適用される
  - 上記要件を満たさない場合、代理店は本人から独立しているとみなされる。
  - ※ 垂直的合意に関する **Block Exemption Regulation** 及び個別免除は適用され得る

## E. 市場における支配的地位の濫用

### 支配的地位の濫用の禁止 (P34)

- 市場において強い地位を有している企業は、市場によりコントロールされない競争上の余裕（裁量）を有していることから、それらの企業の行為に関して通常の企業以上の規律に服する。
- ※ ドイツ競争法及びEU競争法の条文に関しては資料を参照

### 市場における支配的地位の有無の判断方法 (P35)

- 以下の場合、その企業は市場における支配的地位を有している。
  - ① 競業者が存在しない場合
  - ② 実質的な競争に晒されていない場合
  - ③ 競業者と比較して卓越した地位を有する場合
- 以下の場合、市場における支配的地位が推定される（但、反証は可能）。
  - ① 企業が40%以上の市場シェアを有している場合
  - ② 3つ以下の企業の市場シェアの合計が50%以上である場合（寡占）
  - ③ 4つ以下の企業の市場シェアの合計が2/3以上である場合（寡占）
- 以下の事項が論証された場合、上記推定は覆る。
  - ① 支配的地位にあることが推定される企業が実質的な競争に晒されていること
  - ② 寡占企業間の競争により実質的な競争が発生すること
  - ③ 寡占企業が他の企業に対して支配的地位を有していないこと

### 市場における地位を検証する際の基準 (P36)

- 市場における地位を検証する際の基準
  - ① 市場シェア
  - ② 財力
  - ③ 供給市場又は販売市場へのアクセス
  - ④ 他の企業との結び付き
  - ⑤ 市場参入に対する法的又は事実的な障壁
  - ⑥ 潜在的競争
  - ⑦ 需要に応じて変化する能力
  - ⑧ 市場の反対側によるその企業の競業者を頼りにできる能力
- プラットフォーム事業者の市場に関する追加的基準
  - ① 直接的又は間接的なネットワーク効果
  - ② 利用者が複数のサービスを並行して利用できる可能性
  - ③ 利用者が他のサービスに切り替える際の負担

- ④ ネットワーク効果と関連する「規模の経済」
- ⑤ 競争力のあるデータへのアクセス
- ⑥ イノベーションにより駆動される競争圧力
- ※ 直接的又は間接的なネットワーク効果に関しては、下記の公取委の「流通取引慣行ガイドライン」の記載を参照

「例えば、あるプラットフォームの利用者の便益・効用が、当該利用者と同一の利用者グループに属する利用者の増加によって向上するような場合、直接的なネットワーク効果が働いているといえる。また、例えば、プラットフォーム事業者を介して取引を行う二つの利用者グループ間において、一方の利用者グループに属する利用者が増加するほど、他方の利用者グループに属する利用者にとって当該プラットフォーム事業者を介して取引を行うことの便益・効用が向上するような場合、間接的なネットワーク効果が働いているといえる。」

### 市場における支配的地位の濫用に該当する行為の種類 (P37)

- 市場における支配的地位にある企業による濫用行為の典型例としては、それらの企業が、供給者又は購入者として、下記行為を行った場合である。
  - ① 客観的な正当化理由なく、不正にある企業の事業を妨害したり、制限したりすること、又は、不正にある企業を他の企業の取扱いを異ならせること
  - ② 有効な競争が存在する場合の支払条件又はその他の取引条件と異なる条件を要求すること
  - ③ 正当化理由なく、比較可能な市場における類似の顧客に対する支払条件又は取引条件よりも不利な条件を要求すること（マージンスクイズ等）
  - ④ そのネットワーク又は施設を利用しなければ、他の企業がその支配的地位にある企業と上流市場又は下流市場において競争することができない状況において（上記のような施設等は「不可欠施設（essential facility）」と言われる）正当化理由なく、適当な料金と引き換えに不可欠施設にアクセスする権限を与えることを拒絶すること
  - ⑤ 客観的な正当化理由なく、他の企業に対して、自身への利益を付与することを要求すること
- ※ マージンスクイズ：川下市場で事業活動を行うために必要な商品を供給する川上市場の事業者が、自ら川下市場でも事業活動を行っている場合に、供給先事業者に供給する川上市場における商品の価格につき、自らの川下市場における商品の価格よりも高い水準に設定したり、供給先事業者が経済的合理性のある事業活動により対抗できないほど近接した価格に設定したりする行為
- 他の企業に対する不正な制限及び差別の禁止は相対的な市場における地位（取引先に対する優越的な地位）を有する企業にも適用される。
- ボイコットの禁止（市場における支配的地位の有無に関わらず競争法に反し得る）

## F. 公的及び私的な競争法のエンフォースメント

### 競争法違反のリスク及び制裁 (P39)

- 競争当局による違反行為による利益の剥奪（制裁金）
- （従業員が競争法に違反した場合）労働法上の懲戒処分
- 国又は公的機関との契約からの排除
- 社会的信用の喪失
- 契約の無効
- 顧客等からの損害賠償請求
- 刑罰（入札の不正操作に関して）
- 経営陣又は従業員個人に対する過料
- 企業に対する過料
- 長期間にわたり、かつ、多額の費用を要する調査手続への対応

### 公的なエンフォースメント (P40)

- ドイツ法の下では、競争法違反は行政法に対する違反と考えられ、刑法違反とは考えておらず、カルテルに関する規定に違反した者に対して拘束を伴う刑罰が課せられることはない（入札の不正操作を除く）。
- 競争法に関する手続はカルテルに関する違反の相当な疑いがある場合にのみ開始される。
  - 競争法違反に対する制裁金に関する手続
    - ◇ 違反に関して責任を有する経営陣又は従業員に対して 1M ユーロを上限とする過料が課され得る。
    - ◇ 競争法違反行為に参加した企業に対してその企業（グループ）の総売上高の 10%を上限とする制裁金が課され得る。
    - ◇ 手続においては違反の深刻さ及び違反の継続期間も考慮される。
    - ◇ FCO のリニーエンシーに関する Notice の下、制裁金の免除又は最大 50%までの制裁金の減額が認められ得る。
    - ◇ 競争当局との和解により最大 10%までの制裁金の減額が認められ得る。
  - 行政的手続（合意又は行為を禁止することを目的とすることが通常）
    - ◇ 終了又は禁止命令
    - ◇ 誓約の提出
    - ◇ カルテルを疑われる行為の一方的終了
- EU 域内で国境を越えて行われるカルテルの場合、EU 競争当局による追及もある。
- 複数の国の競争当局によりカルテルが訴追されている場合、各競争当局が制裁金及び制裁を課することができる。

### 私的なエンフォースメント (P41)

- 数年前まで、カルテルに関する私人による損害賠償請求は、ドイツを含めた多くの EU 加盟国では馴染みのない概念であった（米国又は英国で見られるような「私人によるエンフォースメント」という文化はなかった）。
- 私人によるエンフォースメントの発展は EU 裁判所により主導され、また、経済のグローバル化による結果でもある。
- 2014年12月26日付の EU Cartel Damages Directive がカルテルに関する私人による損害賠償請求を促進した。
- 2017年6月19日にはドイツにおいて上記 Directive が実行されることとなった。
- ここ数年でカルテルに関する私人による損害賠償請求が急増しており、ドイツが（オランダとともに）上記請求に関するフォーラムショッピングにおいて主導的な役割を果たすことが予想されている（BREXIT に関しての不確実性により惹き起こされる英国における法的不安定性も一因となる）。
- 最も著名な事案はトラックに関するカルテルであり、カルテルに参加した企業（MAN、Daimler、Volvo、IVECO、DAF 及び Scania）に対する潜在的な損害賠償の訴訟での訴額の総額は約 10B ユーロと言われており、数百の訴訟がドイツにおいて提起されている。



- ドイツ市場でビジネスを行う日本企業が競争法違反を犯した場合、ドイツの裁判所において損害賠償請求を提起されるリスクがある（例えば、自動車部品に関するカルテル（Car Class Cartel）など）。
- ドイツ企業と取引関係がある日本企業は、自身がドイツでビジネスを行っていない場合でも、ドイツの裁判所で訴訟を提起する機会があるかも知れない。

## G. リスク管理及びコンプライアンス

### 競争法違反を回避してリスクを最小化する方法 (P43)

- ① カルテルに関するあらゆる疑いを調査する
  - 行動しないこと、待つこと、無視することは決して解決にはならない。
  - 案件に関する具体的事実を即時かつ包括的に調査することが必要である。
  - 競争法違反に関しては経営判断原則における裁量はない。
  - 競争法に関するリスク管理及びコンプライアンスは経営者の義務である。
  
- ② 競争法に反する行為はすぐにやめる
  - リニエエンシーの競争に勝つ為、目立たないように違反行為をやめる。
  - 単に競争法違反の疑いがある場合にはその行為をやめる。
  - 法令を遵守することは経営者及び従業員の義務である。
  
- ③ 事前に損害を回避するために必要なすべての措置を講じる
  - 状況の解明に協力することは関係する従業員の義務である。
  - 証拠を破壊せずに保存する。
  - 当局の調査への対応の戦略を決定する際には法律家に相談する。
  - 外部とのコミュニケーションに関するアドバイスを得る。
  - 当局の調査が開始された場合の緊急対応の計画を準備する。
  
- ④ 効果的なコンプライアンス・プログラムを実行する
  - 経営陣が競争法を遵守することを固く約束する。
  - 競争法に関する行動規範を周知する。
  - 違反が生じやすい部署の従業員にコンプライアンス・トレーニングをする。
  - コンプライアンス・トレーニングを定期的に継続して行う。
  - 疑義が生じたときに従業員が連絡できる信頼できる人物を任命する。
  - グローバルに事業展開する企業は各国の文化的特徴を考慮したクロスボーダーのコンプライアンス・プログラムをすべきである。

以上

# 小島国際法律事務所と ホイキング キューン リュア ボイ テック法律事務所(独)主催

セミナー:ドイツでのビジネスの留意点

日時:2019年10月3日(木曜日)

場所:アルカディア市谷

講師:金子浩永 Rechtsanwalt(ドイツ弁護士)

ホイキング キューン リュア ボイテック



# 内容目次

1. 法の原則
2. サイン
3. 当事者
4. 商業登記簿
6. 所有権留保
7. 取引約款
8. 労務管理
9. 土地売買
10. 有限会社

# 法の原則

契約内容の自由

締結した契約は守らなければならない

連邦制度

経済監督制度の原則

# サイン

Heuking Kühn Lüer Wojtek

# Unterschrift

日本語のサインも大丈夫

真似しにくいサインを選ぶこと

目的により違うサインをすること

会社のレターヘッドに印刷される銀行口座番号に  
注意

# 当事者(1)

e.K.=Einzelkaufmann=個人商人

GmbH=Gesellschaft mit beschränkter Haftung=有限会社(最低資本金=二万五千ユーロ)

AG=Aktiengesellschaft=株式会社(最低資本金=五万ユーロ)

KG=Kommanditgesellschaft=合資会社

# 当事者(2)

GmbH & Co.KG=Gesellschaft mit beschränkter  
haftung auf Kommanditgesellschaft = 有限合資  
会社

OHG=Offene Handelsgesellschaft = 合名会社

e.V.=eingetragener Verein = 社団

GbR=Gesellschaft bürgerlichen Rechts = 組合

# 商業登記簿(1)

- 商業登記簿(Handelsregister)
- 誰でも閲覧が可能(商法第9条1項1段)
- 抄本には次の情報が含まれる:社名・所在地・資本金額・営業目的・代理権・代表者の名前
- 定款と出資者(社員)の詳細は別のファイルに保管されている

# 商業登記簿(2)

- [www.handelsregister.de](http://www.handelsregister.de)
- 定款の写しと社員リストを裁判所に対して有料で請求できる

# 所有権留保 Heuking Kühn Lüer Wojtek

## Eigentumsvorbehalt

- 原則＝自動的に発生しない
- 契約が必要
- または一般取引約款で取り決める
- 債権的行為と物権的行為の結果が別々に判断される＝無因主義＝Abstraktionsprinzip
- 取引先の破産の場合には、所有権留保がない場合の債権回収率は1%から10%しかない



# 取引約款

- Allgemeine Geschäftsbedingungen
- ドイツでビジネスをするために必要
- 自社に有利な内容で権利を守る
- 所有権留保
- 間接的損害賠償の除外
- 有効性を立証できるように心がける
- 契約締結以前に内容を承諾させる
- レター・ヘッドの裏と自社のサイトに記載

# 代理商(1) Heuking Kühn Lüer Wojtek

## Handelsvertreter

- 代理商契約解約は基本的にいつでも可能
- 解約告知期間は、暦月末に対して1ヶ月間から6ヶ月間
- 契約に別の取り決めがないか要注意
- 解約の場合には、市場開拓代金(Ausgleich) 請求権が発生(商法第89b条1項)

## 代理商(2)

- 市場開拓代金請求権の前提条件：
- 企業が代理商の開拓した顧客との取引関係から代理商契約終了以後も著しいメリットを得る。
- 代理商契約終了が原因で代理商が本来得たことができたコミッションを失う。
- 市場開拓代金を払うことが公平であること。

## 代理商(3)

- 独商法第89b条2項1段によれば、市場開拓代金は、過去5年間の年間コミッション平均額(グロス)を超えてはいけないとされている。
- 解約関係が5年間より短い場合でも年間平均コミッション額(グロス)が考慮される。(独商法第89b条2項1段)

# 代理商(4)

- 同法第89b条4項1段によれば、事前に市場開拓代金請求権を合意で除外することはできない。契約解約以後は可能。同法第92c条1項によれば、代理商がEU以外で活動する場合には、契約で市場開拓代金請求権を除外することは可能。
- 同法第89b条4項2段によれば、代理商は、契約解約時点から1年間以内に市場開拓代金を請求する旨を書面で主張しなければならない。
- 代理商が、契約解約時点から1年間以内に市場開拓代金を請求する旨を書面で主張しない場合には、請求権が消滅する。

# 代理商(5)

- 代理商が死亡したために代理商との契約が終了した場合でも、代理商の相続人はこの市場開拓代金を請求することができる(連邦通常裁判所の判例)
- ドイツ商法第87条1項1段によれば、特定地域を代理商の開拓地域としている場合には、当該代理商の関与なく当該地域内で成立した商談に関しても、代理商は斡旋金を請求できる

# 代理店(1) Heuking Kühn Lüer Wojtek

## Vertragshändler

- 代理店は、自己の名と責任で購入および売却する
- 商法には代理店に関する条文はない
- 解約告知期間に関しては、商法の代理商に関するの条文を適用する場合もある
- 代理店契約解約の場合に市場開拓金を要求する可能性がある

## 代理店(2)

- 請求権の要件は次である
- 代理店が企業の販売部門の一部のように機能していることつまり代理店が代理商のように企業の利益を追求していること
- 代理店が契約終了以後顧客の詳細を企業に渡す義務を負っていること



# 労務管理(1)

- 求人広告する場合には、一般差別禁止法に違反しないように注意しなければならない。
- ヘッドハンターを使う場合には、特定の保証を依頼内容に入れさせ、その内容が守られない場合には、実費でもう一回探すような条件を交渉するべきである。ヘッドハンターにかかるコストは、通常、求人候補者の年収の25%～40%プラス実費である。

# 勞務管理(2)

- 憲法(Grundgesetz)
- 法律(Gesetz)
- 勞働協約(Tarifvertrag)
- 事業所協定(Betriebsvereinbarung)
- 事業所慣習(Betriebliche Übung)
- 雇用契約(Arbeitsvertrag)

# 労務管理(3) Heuking Kühn Lüer Wojtek

- 労働法関連の法律と行政指令 = 1千個
- 1千 = 4万条 = 9千ページ
- 5千労災保護基準・職場環境基準など = 3万ページ
- 4万3千労働協約 = 150万条 = 50万ページ
- 210トンの紙 = 35平方メートル

# 労務管理(4)

- 応募者からの書類に関しては、過去および現在の勤務先による「業務評価書」(Zeugnis)が重要であり、そこで使われている表現に注意するべきである。文法的に間違っている表現を使うことで、当事者の能力・業績への判断評価が示されている。
- 応募者に対しては、過去の刑事罰則の有無に関する証明書 (Polizeiliches Führungszeugnis) の提出を要求できるが、犯罪行為の種類によってはその記録は3年間または5年でBundeszentralregister (連邦中央記録局) から抹消されている。

# 勞務管理(5)

Heuking Kühn Lüer Wojtek

- “Very good” (1)
- “He always fulfilled the tasks he was entrusted with to our fullest satisfaction.”
- “Good”(2)
- “He always fulfilled the tasks he was entrusted with to our full satisfaction.”

# 勞務管理(6)

- “Satisfactory”(3)
  - “He fulfilled the tasks he was entrusted with to our full satisfaction.”
  - “Sufficient” (4)
- “He fulfilled the tasks he was entrusted with to our satisfaction”

# 勞務管理(7)

- “Poor” (5)
- “On the whole, he fulfilled the tasks he was entrusted with to our satisfaction.”
- “ Unsatisfactory“ (6)
- “He has tried to fulfill the tasks he was entrusted with to our satisfaction.”

# 労務管理(8)

- 面接の前に質問用紙で、知識・資格・学歴など、業務および職場と関連する質問に書面で答えてもらうことが重要である。
- 女性を雇用する場合には、最長2年間までの期限付け契約Befristeter Arbeitsvertragを締結して、妊娠対策として使うことが出来る。



# 労務管理(9)

- 最初から2年間契約を締結する必要はなく、最初6ヶ月間契約を締結して、3回延長することも可能である。
- 延長の際に契約内容を変更すると無期限契約となるので、変更するべきではない。
- 尚、この最長2年間の期限付き契約が法的に有効になるためには、当該従業員が過去1度も同社で雇用されていないことが前提条件である。

# 労務管理(10)

- 必ず書面で期限付き契約を締結してから勤務開始すべきである。
- 勤務し始めてから後日書面で期限付き契約を締結したような場合、すでに雇用事実が存在するために期限付きは無効となり、無期限契約となる。
- ドイツで会社を設立して最初の4年間内には、最高4年間までの期限付き雇用契約を締結することができる。

# 労務管理(11)

- 雇用契約では、守秘義務・競業僻止義務・会社の備品返還義務を明記して、それに違反する場合には、グロス月給の金額を違反金Vertragsstrafeと決めるべきである。また出張の多いケースでは、通常の勤務時間帯外に移動する場合は勤務時間としてみなさないと契約で記載し、超過勤務支払いの争いを防ぐべきである。
- 雇用契約に、公的老齢年金を得始める月の末に雇用契約が自動終了する旨を記載しないと、雇用契約は自動的に終了しないため、そのような条文の記載は必要である。特定の年齢や、公的老齢年金を得る年齢を理由にした解雇は、社会的に見て正当化されない。

# 労務管理(12)

- 解雇保護法Kündigungsschutzgesetzは、事業所 Betriebに10人を越える数の被雇用者が雇用されていて、解雇対象となる人物が同事業所に6ヶ月間を超えて勤務している場合に適用される。勤務時間が週20時間までの場合には、0, 5名 および週30時間までの場合には、0, 75名として数えられる。
- 例外: 2003年12月31日の時点で5名を超える体制が継続する場合には、10名を超えなくとも解雇保護法が適用になる。

# 労務管理(13)

- 解雇保護法によれば社会的に見て正当化できない解雇は無効となる。
- 社会的に見て正当化できる理由として、人的・行動的・事業的な理由が存在する。
- 人的な理由：病欠・労働許可が下りない
- 行動的な理由：義務違反、警告書が必要
- 事業的な理由：合理化・閉鎖

# 労務管理(14)

- 解雇保護法が適用される状況で解雇した場合には、雇用された側が労働裁判所へ提訴し、示談金Abfindung争いとなる。
- この示談金に関して一番頻繁に使われる算出方式は、グロス月給の半分の金額に勤続年数を掛ける方法である。ただし裁判所では、従業員サイドが裁判に勝つチャンスが高いとみると、グロス月給の半分ではなく、75%または100%を勤続年数と掛けることがある。

# 労務管理(15)

- 下記3つの場合以外には、示談金請求権は発生しない:
- 社会計画(Sozialplan)が締結される場合
- 解雇保護法第1a条に基づき提訴をしないことを条件として示談金を払うことを約束して、解雇した場合
- 解雇保護法第9条により、労働裁判所が、無効の解雇の代わりに示談金支払を条件として判決で雇用関係を終了する場合

# 労務管理(16)

- 解雇保護法が適用されない場合には、提訴されても示談金を払う法的義務はない。
- 労働裁判所法第57条2項により労働裁判判事は、裁判が友好的に解決されるように働きかける義務を負っている。
- 解雇保護法が適用される場合の示談金支払を含む和解案締結は、経済的な理由が背後にある。



# 労務管理(17)

- 労働法上の疑問がある場合には、まず雇用契約、事業所協定や労働協約の内容や事業所慣習の有無を調査するべきである。
- 解雇は自筆サインのある手紙で行わないと無効である。サイン付の手紙が必要である。ファックス・電報・電子メールによる解雇は無効である(ドイツ民法第623条)。

# 労務管理(18)

- EU加盟国の国籍を持たない人物を雇用する場合には、労働許可が必要である。
- 違反雇用の場合には、雇用者が最高50万ユーロまでの過料対象となる。違反労働した被雇用者は、最高5千ユーロの料料の対象となる(社会法典III第404条2項3番と4番)。
- 法人の代表者(Geschäftsführer)または支配人(Prokurist)の場合も労働許可を取得する義務から免除されるが、申請が必要。

# 労務管理(19)

- 従って、求職してきた非EU人が労働許可を持つと主張する場合には、パスポートの原本を見せてもらい、自分でコピーを取っておくべきである。
- 雇用者は労働時間法第3条1段により、祭日を除いた月曜日から土曜日まで1日最長8時間まで勤務させることができる。つまり最長週48時間まで勤務させることは、行政監督の観点からは可能である。

# 労務管理(20)

- 同法第4条によれば勤務時間が6時間から9時間の場合、最低30分間の休憩を与えることが義務付けられている。
- 同法第9条1項によれば、日曜日および祭日の労働は基本的に禁止されている。
- 同法第16条1項によれば、労働時間法の条文を社内に誰でも閲覧できる形で置いておくことが義務付けられている。

# 労務管理(21)

- 同法第16条2項によれば、雇用者は同法第3条1項を越える勤務時間の場合、それを記録し、かつその記録を少なくとも2年間保管する義務を負う。
- 同法第22条1項によれば、最長勤務時間を越えて勤務させる、休憩時間を与えない、日曜日および祭日に勤務させるなどの場合は最高1万5千ユーロの料料対象となる。超過勤務時間を記録しない、そのような記録を2年間保管しない、労働時間法条文の社内閲覧を提供しないなどの場合は最高2千5百ユーロまでの料料の対象となる。

# 土地売買(1)

- ドイツで土地売買をする場合には、必ず売り手と買い手が同時に出席して、ドイツ公証人の前で、その売買契約を公正証書化することが義務付けられている(ドイツ民法第925条)。外国ならばドイツ領事の前で。
- その際に、公証人は出頭者の身分証明を確認する義務を負うと同時に法的影響を説明する義務を負う。
- パスポートの持参が必要となる。

# 土地売買(2)

- 土地売買をする場合には、土地取得税 Grunderwerbsteuer が発生する。通常は買い手が払うことに合意するが、法律的には売り手と買い手が連帯責任を負う。税率は価格の5%である。(NRW)
- 土地売買には、税務署の確認および、市当局による先買権の非履行が必須の前提条件となる。
- また日本と違いドイツでは、正当な理由を証明できない限りには、第三者の土地台帳を閲覧することはできない。(土地台帳法第12条1項1段)
- 全費用(公証人・裁判所・土地取得税・斡旋業者は、価格の10%)

# 有限会社(1)

- 必要最低資本金は2万5千ユーロ。最低一人の代表者Geschäftsführerとして登記が必要。唯一の代表者がドイツに入国することが困難な場合、商業登記簿の判事によっては登記を拒絶することがあるから注意が必要である。
- 外国にいる人物が会社の代表者に任命された場合には、その外国にあるドイツ大使館または総領事館においてドイツ領事の目前で登記申請書にサインをし、それを認証してもらえば、わざわざ来独する必要はない。



## 有限会社(2)

- 有限会社を設立する際には、設立予定地管轄のドイツ商工会議所の社名部門に問い合わせ、予定している社名で問題がないかを事前調査することにより、時間と手間を省くことができる。
- 有限会社設立の際には、公証人事務所に出頭して、定款を公正証書化させることになるが、資本金が銀行口座に払い込まれている確認書がないと、公証人は登記申請書を商業登記簿に送ることができない。

# 有限会社(3)

- 資本金に関しては、資本金額の最低半分が口座に振り込まれていることが必要であり、また単独出資者の場合には、残額に関して担保を提供することが義務付けられている（ドイツ有限会社法第7条2項）。従って、最初から資本金全額を銀行口座に振り込むほうが簡単である。
- ドイツの銀行によってはマネー・ローダリング対策のため、有限会社の代表者が、親会社の商業登記簿の抜粋・その認証証明付き翻訳・パスポートの原本を持参し、銀行で身分証明をすることを要求している。更に、現地法人の銀行口座のサイン権を持つ人物が、パスポートで身分証明することも要求される。

# 有限会社(4)

- 日本本社の商業登記簿の抜粋の翻訳証明付き翻訳は日本で行うと高くなるので、ドイツで業者を探して依頼するほうが時間とコスト面で有利である。
- ドイツ有限会社の支配権を得るためには、75%を超える資本参加が必要となる。ドイツ有限会社法第60条1項2番によれば、有限会社の解散を決議する場合には75%を超える投票が必要とされている。

# 有限会社(5)

- 有限会社が支払い能力を失う場合、または債務超過となる場合には、遅くとも3週間以内に取締役が破産宣告申請をしなければならない(ドイツ破産法第15a条1項1段)。
- 有限会社の持分を譲渡するには、公正証書化された契約が必要である(ドイツ有限会社法第15条3項)。
- 定款を締結または変更する場合も、公正証書化が必要(ドイツ有限会社法第53条2項)

# 有限会社(6)

会社法上の代表権に関しては、ドイツでは共同代表権が普通である。この点は、日本の会社法で単独代表権が普通であるのと異なる。地方で有限会社を設立する場合などに、裁判所の判事が、なぜ出資者一人のサインしかないのか質問してくることがある。これに対応するためには、日本の株式会社法の条文の独訳を見せることが有効である。

# 有限会社(7)

- 有限会社の取締役は常時代表権を持つ
- 代表権を持たない取締役は、ドイツ有限会社法上は存在しない
- 代表権を外部に対して制限することは、ドイツ有限会社法第37条2項1文により無効
- 取締役の代表権を内部的に限定することは可能
- 定款ではなく、社員決議で限定する

# 有限会社(8)

- 定款の内容(最低内容)
- 社名
- 会社の所在地(市の名前だけ)
- 営業目的
- 資本金の高さ
- 社員が資本参加することで引き受ける持分の額面額と数

# 有限会社(9)

- 暦年と異なる事業年度の場合には、その内容
- 代表権: 複数の取締役が任命される場合には、二人の取締役または一人の取締役と支配人により代表される
- 清算人に関しても同じ内容が適用されることを記載



# 有限会社(10)

- 有限会社登記申請に必要な書面:
- 定款
- 登記申請書
- 社員リスト
- 日本本社の商業登記簿の抜粋の認証＋アポステイーユ＋法的翻訳＋委任状
- 資本金支払済みの確認書
- 取締役の保証(登記を妨げる事実が存在しないことに関して)

# 有限会社(11)

- 会社の国内での住所
- 代表者の代表権の詳細

# 有限会社(12)

- 取締役の義務:
- 代表と業務執行
- 税務申告
- 法人税・営業税・従業員の所得税の支払
- 社会保険金の支払
- 労災団体への支払
- コンプライアンス対応

# 有限会社(13)

- ドイツには、非常勤取締役は制度として存在しない
- 取締役達の連帯責任
- 非常勤取締役も連帯責任の対象
- 取締役の任期は存在しない
- 社員総会が取締役の任命と解任を決議する
- 社員総会が取締役雇用契約締結の権限を持つ

Heuking Kühn Lüer Wojtek  
御清聴ありがとうございます

Heuking Kühn Lüer Wojtek法律・税務事務所

Partner 金子浩永 (Rechtsanwalt/独弁護士)

Georg-Glock-Straße 4, 40474 Düsseldorf

Tel.: ++49-(0)211-600-55-115

Fax: ++49-(0)211-600-55-110

e-Mail: [h.kaneko@heuking.de](mailto:h.kaneko@heuking.de) (日本語可)



# Doing Business in Germany – Competition Law Aspects

**Dr. Rainer Velte**  
**Tokyo, 3 October 2019**

# Agenda

---

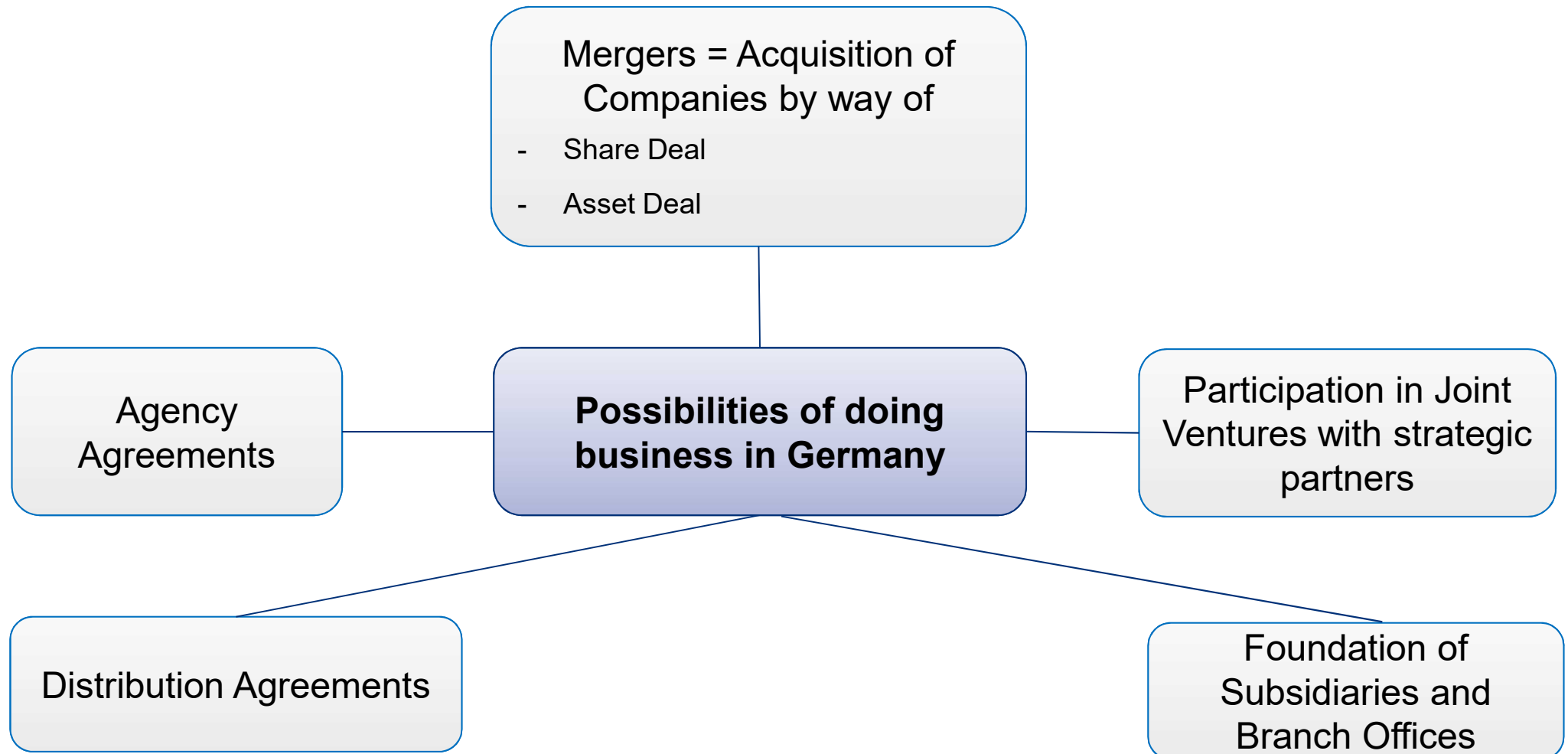
- A. Introduction – how getting your business organized in Germany ?
- B. Basics of Competition Law
- C. Merger Control
- D. Restrictive Agreements and Practices
- E. Abuse of Market Power
- F. Public and Private Enforcement
- G. Risk Management and Compliance

## **A. Introduction – how getting your business organized in Germany?**



# A. Introduction – How getting your business organized in Germany?

## Possibilities of doing business in Germany



**Please note that all commercial activities may have an impact on competition and fall within the scope of antitrust law!**

## B. Basics of Competition Law

## B. Basics of EU Competition Law

### ► EU Competition Law vs. National Competition Laws



## B. Basics of EU Competition Law

### ► EU Competition Law vs. German Competition Law

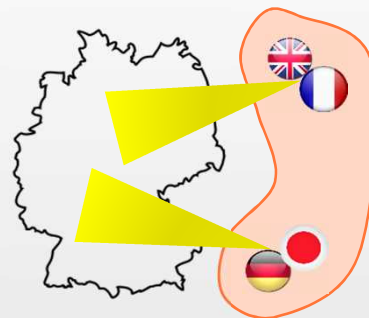
#### General Rules:

- EU Law applies whenever the trade between EU member states is affected (**“inter-state”-clause**)
- EU and German Competition Law are generally applicable in parallel (except Merger Control)
- In case of conflict: Primacy of EU Law
- EU Commission (EU Competition Authority) and EU Courts only apply EU Competition Law
- German Federal Cartel Office (FCO) and German Courts apply both EU and German Competition Law

#### General Jurisdiction Principle (equally applicable on EU level and even worldwide):

##### “Effects Doctrine”

National Competition Law applicable to domestic/ foreign firms acting outside the state’s territory, when it is foreseeable that their conduct will have an substantial effect on competition within the state

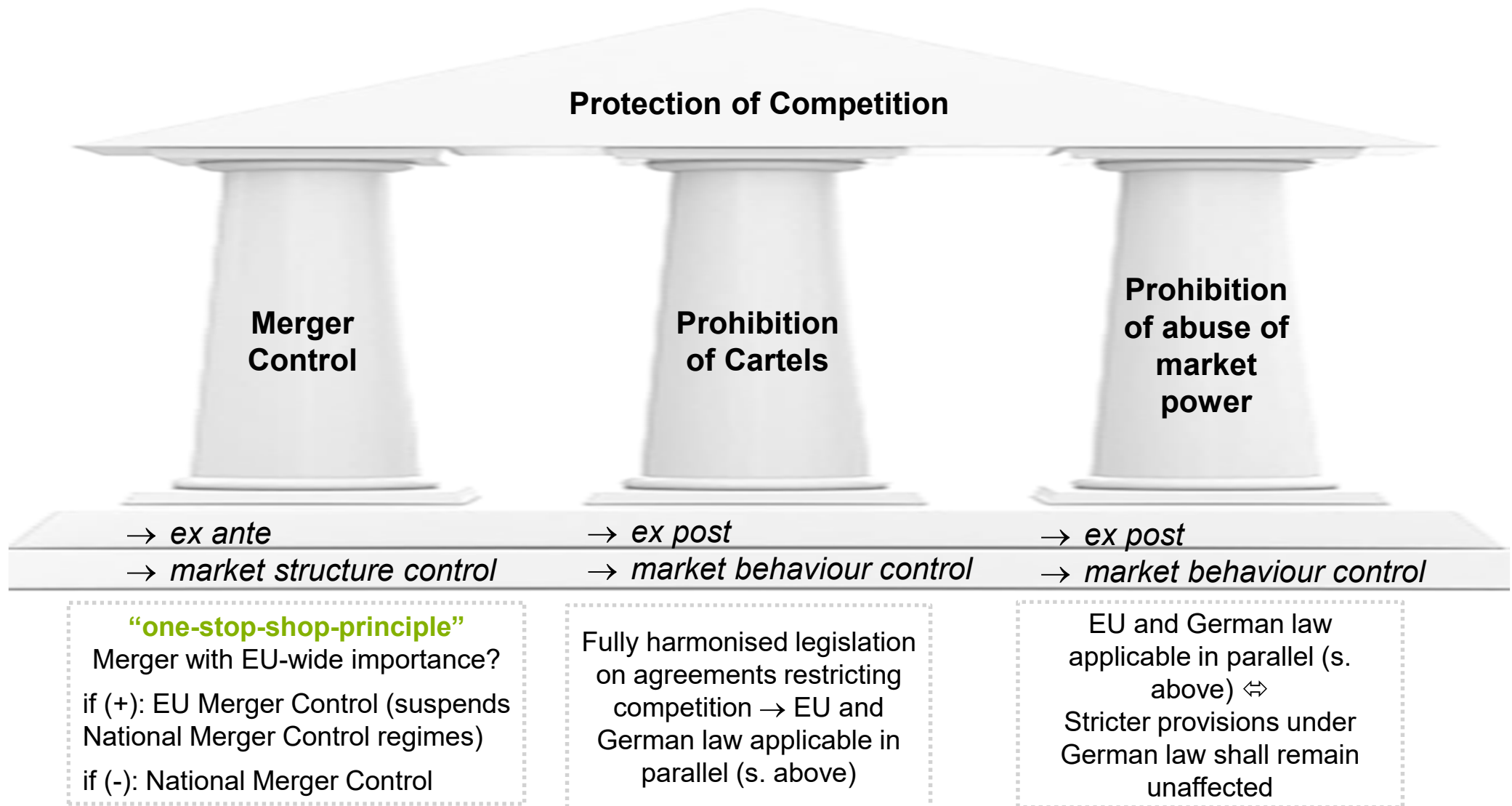


Example: Distribution agreement between a Japanese producer and an EU distributor

- The parties can decide on the applicable Contract Law
- The parties cannot decide on the applicable Competition Law

## B. Basics of Competition Law – Areas of Competition Law

### ► The three pillars of Competition Law



## B. Basics of German Competition Law

### ▶ Principles of market definition

---

#### ■ Purpose of market definition

- Merger Control: Assessment of the impact of a merger on the structure of the affected markets
- Prohibition of cartels: Examination of the appreciability of a restriction of competition, the effect on trade between Member States and the applicability of block exemption regulations
- Abuse of market power: Examination of market dominance

#### ■ **Relevant** market definition for all three pillars of Competition Law is based on uniform criteria

#### ■ **Relevant product market** – includes all products and/ or services which are regarded by the opposite market side as interchangeable in terms of their characteristics, prices and intended use (demand-side market concept)

#### ■ **Relevant geographic market** – the area in which the undertakings concerned supply products or services, in which the competition conditions are sufficiently homogeneous and which is distinct from neighbouring areas, in particular because of the appreciable differences in the competition conditions in those areas

## C. Merger Control

## C. Merger Control

### ► Prior Notification of Mergers and Joint Ventures

Business Activities having an impact on the market structure may fall within the scope of Merger Control -> Mergers and Joint Ventures

- *ex ante* control – Merger Control prevents risks arising from structural restrictions of competition
- Mergers must be notified and approved by the competent Antitrust Authorities prior to the implementation,

#### Sec. 41 ARC

- (1) Undertakings may not implement a merger which has not been approved by the competition authority before the expiry of the [...] time limits or participate in the implementation of this merger. Legal transactions which violate this prohibition are invalid.

#### Sec. 81 ARC

- (4) The infringement of [...] Sec. 41 ARC may be punished by a fine of up to 10 % of the total turnover of the undertaking or association of undertakings in the preceding business year.

prohibition of implementation  
("gun jumping",  
(->))

- Exceptions from the ex-ante notification obligation
  - acquisition of shares by way of public takeover bid or stock exchange acquisition ⇔ **acquisition must be notified without undue delay and acquirer must not exercise voting rights**
  - exemption by the cartel authority – upon request and only if immediate execution is necessary



## C. Merger Control

### ► Consequences and Sanctions of non-compliance

---

#### ■ Invalidity of legal transactions

- concerns all enforcement actions (transfer of shares, assets, etc.)
- exceptions for property transfers and in the case of public takeovers
- invalidity can be cured retroactively by subsequent notification and approval by the antitrust authority

#### ■ **Fines** up to 10% of the total group turnover of the company(s) + fines on the acting person(s)

#### ■ Order by the FCO to **unbundle** non-notified mergers and joint ventures

#### ■ **Financial consequences** of the (pending) invalidity and the resulting legal uncertainty for affected companies, in particular target companies

#### ■ **Damages claims**

#### ■ **Loss of Reputation** (in particular through press coverage)

#### ■ **Loss of enterprise value** (especially for the target)

#### ■ **Ad hoc obligations** for listed companies → impending price losses

#### ■ Antitrust proceedings cause considerable **cost and time expenditure**

**In the event of acquisition of an undertaking or participation in a joint venture please never forget Merger Control requirements !**

## C. Merger control

### ► When is an M&A transaction subject to German merger control?

An M&A Transactions requires merger control notification in Germany if

- it constitutes a **concentration** within the meaning of German Merger Control;
- the German **turnover thresholds** are met; and
- EU Merger Control does not apply

Please note that

- EU Merger Control has priority over German Merger Control;
- Outside the scope of EU Merger Control merger control regimes of the Member States apply in parallel
- German Merger Control and merger control regimes of third countries apply in parallel

=> The M&A Transaction in question might trigger merger notification requirements in numerous jurisdictions that need to be coordinated !

## C. Merger Control

### ► When does German Merger Control apply? – Concentration

---

#### Sec. 37 ARC

- (1) A concentration exists in the following cases:
1. acquisition of all or a substantial part of the assets of another undertaking (asset deal)
  2. acquisition of direct or indirect control by one or more undertakings over the whole or parts of one or more other undertakings (sole or joint control)
  3. acquisition of at least (i) 50% or (ii) 25% of the capital or the voting rights of another undertaking (share deal).  
Where several undertakings acquire simultaneously or successively shares to the extent of at least 25%, this shall also be deemed to be a merger between them (joint venture);
  4. any other conduct which enables one or more undertakings, directly or indirectly, to exercise a significant competitive influence over another undertaking.

**German Merger Control goes beyond EU Merger Control and also covers qualified minority shareholdings as well as the establishment of JVs that do not have full functionality.**

## C. Merger Control

### ► When does German Merger Control apply? – Merger Control thresholds

#### Sec. 35 ARC

- (1) The merger control provisions shall apply where, in the last financial year
  1. the undertakings have an combined worldwide turnover > EUR 500 million, and
  2. at least one undertaking has a domestic turnover > EUR 25 million and at least one (other) undertaking has a domestic turnover > EUR 5 million.

#### **(Turnover-based-threshold)**

- (1a) The merger control provisions shall also apply where
  2. ...
    - a) at least one undertaking has a domestic turnover > EUR 25 million, and
    - b) no other undertaking has a domestic turnover > EUR 5 million, and
  3. the merger transaction value > EUR 400 million, and
  4. the target has significant activities in Germany.

#### **(Value-based-threshold by the 9th Amendment to ARC)**

- (2) There is no filing obligation where an independent undertaking with a worldwide turnover < EUR 10 million merges with another undertaking.

**However: German Merger Control only applies if the Merger in question has no Community dimension (->)**

## C. Merger Control

### ► When does German Merger Control apply? – No community dimension

#### A concentration has a Community dimension where

- the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is > EUR 5'000 million; and
- the aggregate EU-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is > EUR 250 million,
- unless each of the undertakings concerned achieves more than two-thirds of its aggregate EU-wide turnover within one and the same Member State.

#### OR

- the combined aggregate worldwide turnover of all the undertakings concerned is > EUR 2'500 million; and
- in each of at least three Member States, the combined aggregate turnover of all the undertakings concerned is > EUR 100 million; and
- in each of at least three Member States where the combined aggregate turnover is > 100 EUR million, the aggregate turnover of each of at least two of the undertakings concerned is > EUR 25 million; and
- the aggregate Community-wide turnover of each of at least two of the undertakings concerned is > EUR 100 million,
- unless each of the undertakings concerned achieves more than two-thirds of its aggregate Community-wide turnover within one and the same Member State

## C. Merger Control

### ► Principles for the appraisal of concentrations – in general

#### Sec. 36 ARC

(1) <sup>1)</sup> A concentration which would significantly impede effective competition, in particular which is expected to create or strengthen a dominant market position, shall be prohibited by the Federal Cartel Office.

- SIEC-test – Does the merger lead to a “**S**ignificant **I**mpediment of **E**ffective **C**ompetition”?
  - In both the EU and Germany the so-called “Market Dominance“-test is still primarily applied
  - **horizontal mergers** (between competitors) → Will the parties be able to raise prices on the market as a result of the merger?
  - **vertical mergers** (between suppliers and customers) → Will it be more difficult for competitors to access customers or to purchase intermediate products (“*fore-closure*“-effects)?
  - **conglomerate mergers** – rather unproblematic from a Merger Control point of view

exceptions

<sup>2)</sup> This does not apply

1. if the undertakings concerned demonstrate that the concentration will also lead to improvements in the conditions of competition which will outweigh the impediment to competition, or
2. to a market on which goods or commercial services have been offered for at least 5 years and on which the sales volume in the last calendar year was less than EUR 15 million.

## C. Merger Control

### ► Proceedings in Germany

#### Merger Notification

- Before implementation
- Not formally bound, but it must contain the information pursuant to Sec. 39 (3) ARC
- Informal Pre-discussion with the FCO only (i) formal preliminary questions are to be clarified or (ii) in cases in which an in-depth investigation is to be expected

#### Preliminary examination procedure (“Phase I”)

- Duration: ca. 8 weeks (4 weeks draft notification + 4 weeks of formal examination by the FCO)
- Decision:
  - non-prohibition letter (= approval that cannot be challenged in court) or
  - simple notification to participants (“monthly letter”, Sec. 40 (1) ARC) and initiation of a

#### Main examination procedure (“Phase II”)

- Duration: 6-10 months
  - 4 months of formal examination by the FCO after receiving the complete notification
  - extension of the examination period by 1 month in the case of a commitment offer
  - suspension in the event of late or incomplete reply to requests for information
- Decision:
  - Approval
  - Approval subject to conditions and obligations (remedies)
  - Prohibition

All “Phase II”-decisions can be challenged in court

## C. Merger Control – Corporate Practice

### ► Merger Clauses in Sale Purchase Agreements (SPA)

- SPAs must contain a **Condition Precedent** that the merger must not be implemented before it has been approved by the relevant Competition Authorities
  - ⇔ Condition Subsequent is not sufficient!
- **Compliant:**

*“The parties will not complete the merger until they have received merger control clearance from the relevant antitrust authorities/by the German Federal Cartel Office.”*
- **Non-compliant:**

*“The parties undertake to dissolve the merger in the event of a prohibition by the relevant antitrust authorities/by the German Federal Cartel Office.”*
- In order to avoid legal uncertainty as to the jurisdiction of the relevant merger control authorities, merger control notification requirements should be examined prior to the signing of the agreement.

Signing may take place before merger control clearance



Closing must not take place before merger control clearance



## C. Merger Control – Corporate Practice

### ► How to prevent “Gun-Jumping”?

As long as the merger has not been cleared under Merger Control Law, the parties to the merger must treat each other as competitors

- **Prohibition of “gun jumping”** = Prohibition of the implementation of a concentration subject to a notification obligation before examination and approval by the antitrust authorities
- **Closing** only after approval by antitrust authorities (automatically if approval is only Condition Precedent)
- **Actions between signing and closing** that anticipate the implementation are prohibited, in particular
  - **No exchange of competition-sensitive market data** before closing
  - **Due Diligence** generally permitted under appropriate precautions
    - Confidentiality Agreement (including Contractual Penalty Clauses in the event of breaches of Confidentiality)
    - Clean Room Agreement
    - Clean Team Agreement
    - Guidelines for Clean Teams and Cleans Rooms (e.g. Copying Documents)
    - Non-confidential Management Due Diligence Reports and Management Presentations

## C. Merger Control – Corporate Practice

### ► Do's and Don't's before Closing

#### Do's

**Actions which merely prepare the implementation of the merger and the integration of the target into the buyer's company:**

- **Due Diligence** (see above)
- Establishment of **integration teams** which implement the planned measures for the integration
- Development of a market strategy for own products and services with regard to the transaction
- Individual and/or joint **information of clients/the public** on the nature of the transaction, the objectives pursued and the consequences (subject to prior review and approval by a legal advisors)
- Discussions and agreement on measures for the general organisational structure after Closing
- Development of a general **Business Plan**
- Obligation of the seller to continue the business ("Ordinary Course of Business")
- Prohibition of extraordinary measures which may affect the target in its substance
- Payment of the purchase price

#### Dont's

**Measures which economically anticipate the implementation of the merger:**

- **Organisational/structural measures** that would have to be reversed in the event of a failure of the transaction
  - e.g. merging sales/IT/business units (e.g. marketing, accounting) of both companies
  - personnel measures (e.g. appointment of a joint managing director)
- **Coordination** of prices, price lists, price strategies or price policy
- **Joint market appearance** (e.g. at trade fairs) as a merged company
- Coordination or joint submission of tenders
- **Allocation of customers**, exchange of customer lists or contracts, joint meetings with customers (same applies to suppliers)
- Common production, allocation of certain products or services to one of the two undertakings
- Granting of instruction rights and reservations of consent in favour of the purchaser

## C. Merger Control – Corporate Practice

### ▶ Ancillary Restraints

---

- According to EU Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations, Merger Approval Decisions shall (automatically) cover restrictions of competition which are (i) directly related and (ii) necessary to the implementation of the concentration (**Ancillary Restraints**) -> Notice is applied accordingly by the German FCO
- Typically exempted restrictions of competition in SPAs:
  - **Non-compete obligations** imposed on the **seller**
    - may be justified by the buyer's interest to be protected against loss of company value due to competition from the seller
    - to the extent it is necessary in terms of duration, territorial and material scope, persons concerned
    - up to two years in case of mere transfer of goodwill, three years if know-how is also transferred
    - non-solicitation clauses and confidentiality clauses may also be permitted
  - ↔ Non-compete obligations imposed on the **buyer** are generally not exempted
  - **Purchase and delivery obligations**
    - may be justified by the buyer's and/or the vendor's interest to maintain the continuity of supply after the break-up of a former economic entity
    - permissible for a transitional period of up to five years
    - obligations providing for unlimited quantities, exclusivity as well as preferred-supplier or preferred-purchaser clauses are not covered as “necessary to the implementation”
  - **Licensing Agreements**

## C. Merger Control – Joint Ventures

---

- Under German Merger Control Law, there is a filing obligation if
  - at least two partners of the JV hold shares of  $\geq 25\%$
  - no matter whether they exercise control over the JV or not
  - the turnover thresholds of German Merger Control are met if in the last business year
    - Worldwide turnover of all undertakings concerned  $> 500$  Mio. EUR
    - German turnover of at least one undertaking  $> 25$  Mio. EUR
    - German turnover of at least one other undertaking  $> 5$  Mio. EUR
    - Turnover of all parent companies holding a share of at least 25% must be taken into account
  - EU-Merger Control does not apply → “Non full-function”-JV never fall within the scope of Merger Control
- Joint Ventures are not only subject to merger control but may also fall under the provisions on restrictive practices (Art. 101 TFEU, § 1 ARC) (->)
  - they require Merger Control Clearance (market structure control) and
  - may be challenged under the restrictive practices provisions (market behaviour control) during or at any time after the Merger Control investigation
- Restrictive Practices in JV
  - between JV and controlling parent companies comply with Art. 101 TFEU, § 1 ARC (**intra group exemption**)
  - between JV and non-controlling parent company may infringe Art. 101 TFEU, § 1 ARC
  - between parent companies generally do not comply with Art. 101 TFEU, § 1 ARC
- EU Commission Notice on Ancillary Restraints also applies to Joint Ventures

## D. Restrictive Agreements and Practices

## D. Restrictive Agreements

### ► Prohibition of Restrictive Agreements and Exemptions

#### Prohibition of Restrictive Agreements

##### Sec. 1 ARC

- (1) Agreements, decisions or concerted practices
- (2) Between undertakings or associations of undertakings
- (3) Which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition
- (4) Appreciability of restriction of competition

##### Art. 101 TFEU

- (1) All agreements, decisions or concerted practices
- (2) Between undertakings or associations of undertakings
- (3) Which may affect trade between Member States
- (4) And which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market**
- (5) Appreciability of (i) restriction of competition and (ii) prevention of the internal market

#### Exempted agreements

##### Sec. 1, Art. 101 (3) ARC

- Agreements, decisions or concerted practices which
- (1) Contribute to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress (efficiencies)
  - (2) While allowing the consumers a fair share of the resulting benefit, and
  - (3) Which do not impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objective, or
  - (4) Afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question
- shall be exempted from the prohibition

## D. Restrictive Agreements

### ► Prohibition of cartels – which agreements are covered?

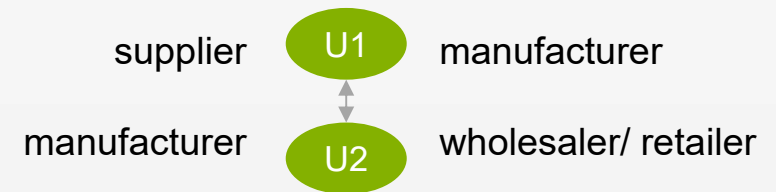
Restriction of competition in **horizontal agreements** (between competitors)



Examples:

- Agreements on prices and conditions
- Allocation of markets and customers
- Restriction of production/ sales
- Bid Rigging
- Market information exchange
- Agreements on joint distribution, joint purchase or joint production
- R&D Agreements

Restriction of competition in **vertical agreements** (between companies at different levels of the value chain)



Examples:

- Fixing of resale prices
- (Exclusive) allocation of customers/ sales territories
- Non-compete obligations (i.e. exclusive purchasing obligations)
- Most favourite customer clauses, preferred purchaser or supplier clauses
- Exclusive supply obligations
- Selective Distribution
- Licensing Agreements

The restriction must be **appreciable**: (-) in **minor cases**

- Horizontal agreements: market shares < 10%
- Vertical agreements: market shares < 15%
- Exception: „**hardcore**“-restrictions are always appreciable, e.g. price fixing, territory/customer allocation, fixing of resale prices

## D. Restrictive Agreements

### ► Types of prohibited agreements

---

#### Agreements infringing the prohibition of cartels may be contained in...

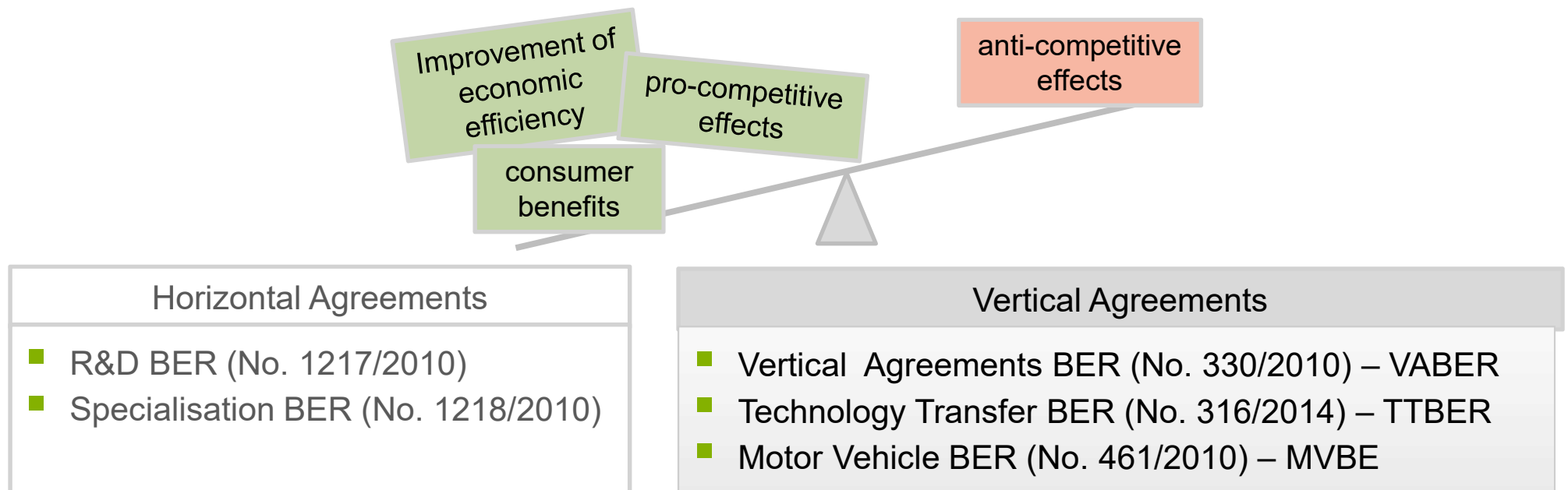
- a **written agreement** (e.g. formal contract)
- an informal **gentlemen's agreement**
- any **further communication**, which results e.g. from
  - a planned or coincidental meeting (business or private)
  - a discussion on the phone or an exchange of e-mails
  - a casual conversation during a break at an association
  - an indirect contact by launching press releases
  - (!) The mere presence at a meeting at which cartel agreements are entered into
- (!) The **mere exchange of competition-relevant information** is sufficient
- (!) The **mere coordination of conduct** (so-called “concerted practice”) is sufficient, but not the mere adjustment to the expected market conduct of the competition (so-called “permitted parallel conduct”)
- a **decision** of an **association of undertakings**



## D. Restrictive Agreements

### ► Block Exemption Regulations (BERs)

Certain groups of agreements are block exempted from the prohibition in Sec. 1 ARC, Art. 101 (1) under various BERs:

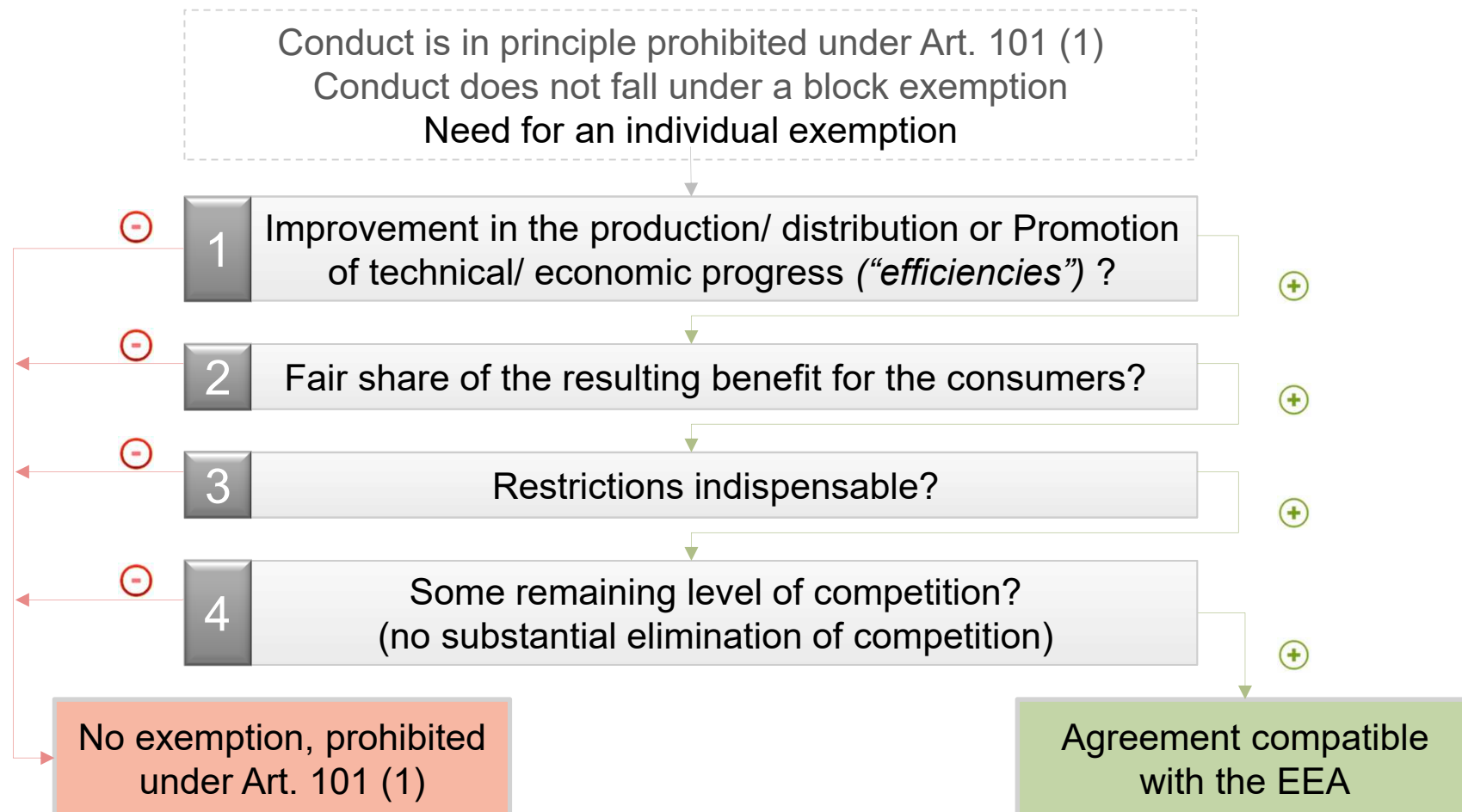


- The question if an agreement meets the criteria for a block exemption is subject to **self-assessment** of the participating undertakings which can rely on EC Commission guidelines, in particular the Horizontal Guidelines and the Vertical Guidelines, which are also applied under German Law.
- Outside the scope of BERs individual exemptions under Sec. 2 ARC, Art 101 (3) TFEU are possible (->).

## D. Restrictive Agreements

### ► Individual Exemptions

Individual exemptions are based on self-assessment, which is, however, subject to control by National and EU Competition Authorities → test with four cumulative elements:



## D. Restrictive Agreements

### ► Distribution Agreements – Fundamental Principles

#### Fundamental Principles:

- VABER block exempts most vertical agreements concerning the purchase/sell/resell of goods and services from the application of Sec. 2 ARC, Art. 101 (1) TFEU
- VABER does not apply if either supplier's or buyer's share on the market where he purchase the contract goods or services is > 30%
- VABER applies to certain vertical agreements between competitors where the supplier and the buyer (distributor) compete at distribution, but not at manufacturing level (“dual distribution”)
- VABER does not apply to...
  - Hardcore restrictions (so-called „black clauses“) -> Agreement does not benefit from VABER and is not exempted **in its entirety**
  - Non-compete obligations (so-called „grey clauses“) -> Non-Compete Obligation does not benefit, **remaining parts** of the Agreement do

## D. Restrictive Agreements

### ► Distribution Agreements – Black and Grey Clauses

#### Black Clauses

- **Price Fixing:** Restriction of the buyer's ability to determine its sale price
  - Exempted: Maximum resale price
  - Exempted: Non-binding recommended resale price (only if not combined with indirect measures)
- **Market Allocation:** Restriction of the territory into which or the customers to whom the buyer may sell
  - Restriction of active sales is exempted under certain conditions
  - Restriction of passive sales is never exempted
  - Online sales are deemed as **passive sales**
- **Restrictions in Selective Distribution Systems:**
  - Restriction of active/ passive sales to end-users by retail level members of a SDS
  - Restriction of cross-supplies between distributors within a SDS

#### Grey Clauses

- **Non-Compete Obligations:**
  - Obligation of the buyer not to manufacture, purchase or (re)sell competing goods or services
  - Obligation of the buyer to purchase > 80% of total purchases of the contract goods or services and their substitutes for a period of > 5 years
  - Non-compete obligations which are tacitly renewable beyond a period of 5 years shall be deemed to have been concluded for an indefinite duration → **not exempted!**
- **Post-Term Non-Compete Obligations:**
  - Obligation of the Seller not to manufacture, purchase or (re)sell contract goods or services after agreement termination
  - Exempted for a period of one year after termination of contract

## D. Restrictive Agreements

### ► Agency Agreements

**Genuine Agency Agreements fall outside the scope of Sec.1 ARC, Art. 101 (1) TFEU → EU Competition Law not applicable**

- Agreements between an agent and a principal, whereby the agent is vested with the power to negotiate/ conclude contracts on behalf of the principal
- The agent is part of the principal's activities and the principal bears the commercial and financial risks in relation to the negotiated/concluded contract.
- The principal must be able to fix the scope of the agent's activity by imposing...
  - Restrictions on sales of goods and services by the agent (e.g. territory, prices and conditions)
  - Provisions concerning the relationship between agent and principal, which may...
    - Prevent the principal from appointing other agents for a specific type of transaction/customer/territory (exclusivity obligation)
- Single branding obligations which prevent the agent from acting as an agent or distributor for other businesses which compete with the principal, may fall within the scope of Art. 101 (1) TFEU

**Non-genuine Agency Agreements are subject to Sec. 1 ARC, Art. 101 (1)**

- If the criteria above are not fulfilled, the agent is deemed as independent from the principal
- VABER may apply, as well as Sec. 2 ARC, Art. 101 (3) TFEU (individual exemption)

**=> Entering into a genuine Agency Agreement maybe an alternative option if the partners of the distribution agreement want to avoid the strict regime of Competition Law**

## E. Abuse of Market Power

## E. Abuse of Market Power

### ► Prohibition of Abuse of Dominance

Companies with a strong market position are subject to increased market responsibility with regard to their behaviour as they have competitive leeway which cannot be controlled by the market.

Germany

#### Sec. 19 (1) ARC

##### Prohibited Conduct of Dominant Undertakings

The abuse of a dominant position by one or several undertakings is prohibited.

#### Sec. 20 ARC

##### Prohibited Conduct of Undertakings with Relative or Superior Market Power

§ 19 (1) shall also apply to undertakings and associations of undertakings to the extent that small or medium-sized enterprises as suppliers or purchasers of a certain type of goods or commercial services depend on them in such a way that sufficient and reasonable possibilities of switching to other undertakings do not exist (relative market power).

EU

#### Art. 102 TFEU

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States

-> Art. 102 TFEU does not provide for a prohibition of abuse of relative market power

## E. Abuse of Market Power

### ► How is dominance/market power determined?

---

#### ■ An undertaking is **dominant** if it

- has no competitors
- is not exposed to any substantial competition, or
- has a paramount market position in relation to its competitors

#### ■ Market dominance is **refutably presumed**

- if a company has a **market share of at least 40%**
- If a group of undertakings consists of
  - three or fewer undertakings which together have a **market share of 50%**, or
  - five or fewer undertakings which together have a **market share of 2/3** (Oligopoly).
- The presumption of dominance can be refuted if it is demonstrated that
  - the company is exposed to substantial competition
  - the conditions of competition between the members of the Oligopoly (i) are likely to give rise to substantial competition or (ii) do not have a dominant market position vis-à-vis other competitors

#### ■ **Criteria** for assessing the market position: (->)



## E. Abuse of Market Power

### ▶ Criteria for assessing the market position

---

#### ■ Criteria for assessing the market position

- Market share
- Financial Strength
- Access to supply or sales markets
- Links with other undertakings
- Legal and factual barriers to market entry
- Potential competition
- Ability to shift od demand
- Ability of the Opposite market side to resort to other undertakings

#### ■ Additional Criteria in case of multilateral markets (platform markets, e.g. Facebook)

- Direct and indirect network effects
- Possibility of parallel use of several services and switching burden for users
- Economies of scale related to network effects
- Access to competitive data
- Innovation-driven competitive pressure

## E. Abuse of Market Power

### ► Abusive conduct - categories

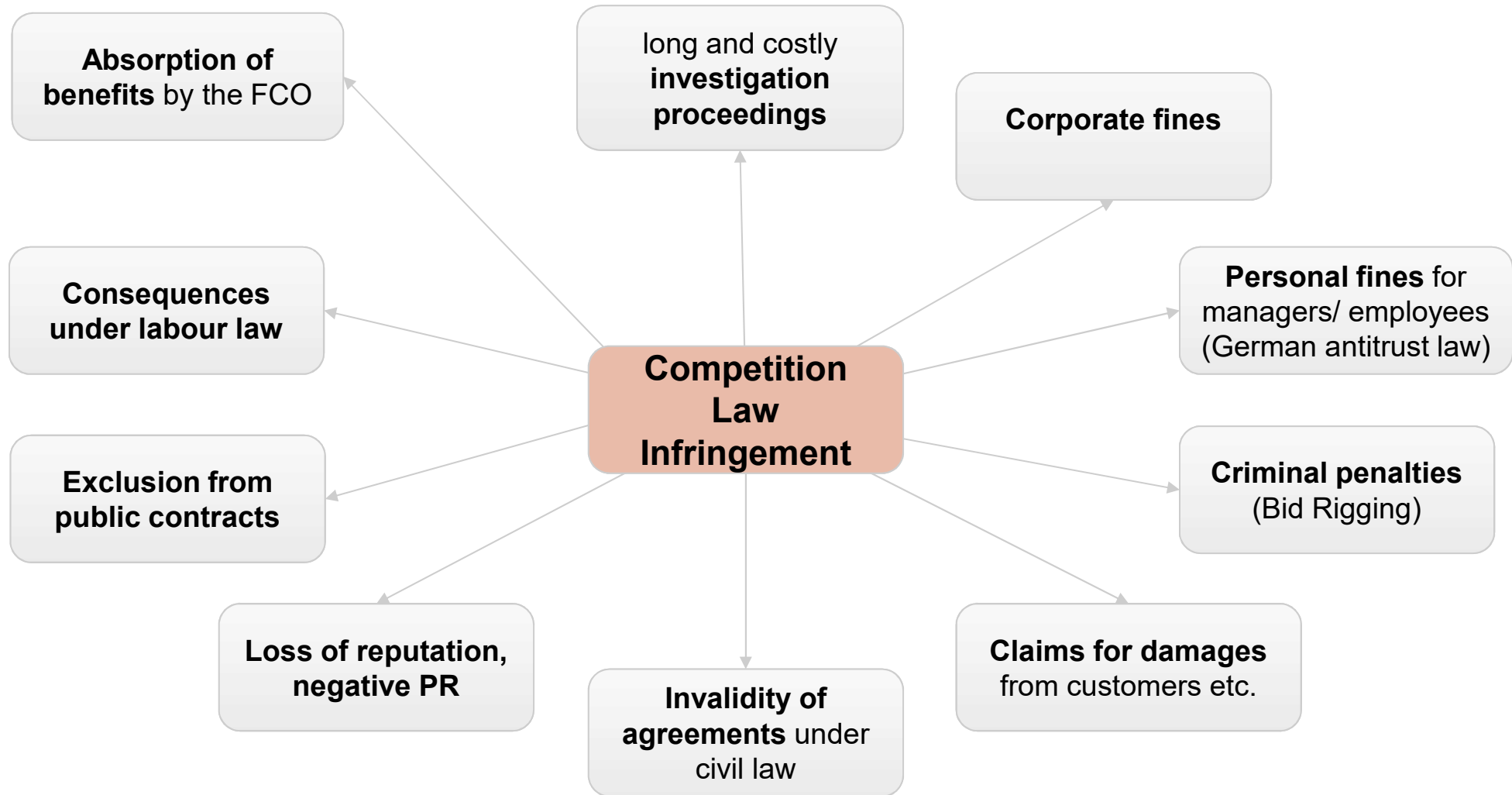
---

- **The behaviour of a dominant undertaking is typically considered to be abusive if the undertaking, as a supplier or buyer**
  - (1) unfairly impedes or restricts another undertaking or treats another undertaking differently from other undertakings without any objective justification
  - (2) demands payments or other business terms which differ from those which would most likely result if effective competition existed (e.g. abuse by imposing excessive prices and/or conditions)
  - (3) unjustifiably demands payment or other business terms which are less favourable than those demanded from similar customers on comparable markets (e.g. margin squeeze)
  - (4) unjustifiably refuses to grant another undertaking access to networks or other infrastructure (*“essential facilities”*) in exchange for an appropriate fee where the other undertaking is unable to compete with the dominant undertaking on the upstream or downstream market without the use of the essential facility
  - (5) calls on other undertakings to grant him advantages without objective justification
- **The prohibition of unfair restriction and discrimination of another undertaking applies also to undertakings with relative market power**
- **Prohibition of Boycott** (regardless of market power)

## F. Public and Private Enforcement

## F. Public and Private Enforcement

### ► Risks and sanctions of Competition Law infringements



## F. Public and Private Enforcement

### ► Public enforcement – Basic principles and procedure

---

- Under German law, the violation of competition law is considered an administrative offence → no criminal offence → no imprisonment for cartel offenders (exception: bid rigging)
- Initiation of antitrust proceedings only in the case of justified initial suspicion of a cartel infringement
  - **antitrust fine proceedings**
    - fines of up to EUR 1 million on the management and the employees responsible for the infringement
    - fine on a participating undertaking of up to 10% of the total turnover of the undertaking (group)
    - the gravity and duration of the infringement are taken into account
    - immunity from fines or fine reduction up to 50% possible under FCO's **Leniency** notice
    - fine reduction up to 10% in case of a settlement
  - **administrative proceedings** – usually aimed at prohibiting an agreement or conduct
    - termination or prohibition order (Sec. 32 ARC)
    - submission of commitments (Sec. 32b ARC)
    - unilateral termination of a suspected cartel behaviour
- Cartel infringements with cross-border dimensions within the EU can also be pursued by the EU Commission
- If the cartel infringement is prosecuted by several national competition authorities, each authority can impose fines and sanctions

## F. Public and Private Enforcement

### ► Private enforcement – Development

- Until a few years ago, private cartel damage claims were practically unknown in Germany as well as in most other EU member states (no „private enforcement culture“ such as in the US and partly UK)
- The development of private enforcement was mainly driven by the European Courts and is also a result of the globalization of the economy
- 26.12.2014: EU Cartel Damages Directive → Facilitating private cartel damages actions
- 09.06.2017: Implementation of the Directive in Germany
- Rapid increase of private enforcement claims in recent years → Germany (together with the Netherlands) is expected to play a leading role in the „forum shopping“ in private enforcement (also in view of the legal uncertainty in the UK caused by the uncertainty about BREXIT)
- Most Prominent Case: Trucks Cartel – Total Amount in Dispute of Potential Damage Claims against cartel participants (MAN, Daimler, Volvo, IVECO, DAF and Scania) is estimated at appr. 100 billion EUR -> hundreds of claims in Germany

- ⇒ (Japanese) Companies which act on the German Market and violate Competition Law run the risk of being sued in German courts for damages (e.g. in Car Class Cartel)
- ⇒ (Japanese) Companies with business activities in Germany have the opportunity to claim damages before a German court, even if they do not have any business activities in Germany

## G. Risk Management and Compliance

## G. Competition Compliance

### ► How can antitrust violations be avoided and risks be minimized?

#### ■ Duty to Intervene – every suspicion of cartel must be investigated

- Staying inactive, waiting or ignoring is never a solution
- Immediate and comprehensive processing of the concrete facts of the case is necessary
- No discretion within the meaning of the Business Judgment Rule
- Risk Management and Compliance are obligations of the management that cannot be delegated

#### ■ Obligation to immediately cease conduct contrary to antitrust law

- As inconspicuous as possible to avoid arousing suspicion among other cartel participants – they could win the “race for leniency”
- Termination of conduct in the event of mere doubts with regard to the compliance with Competition law
- Legal Obligation of management and employees to behave in accordance with law

#### ■ Obligation to take all necessary measures to avoid damages in advance

- Obligation of the employees concerned to cooperate in clarifying the situation
- Preservation of evidence (no destruction of evidence!)
- Obtaining legal advice when deciding on defence strategy (external if necessary)
- Advice on external communication (external if necessary)
- Preparation of an emergency plan for the case of searches by the cartel authorities (“dawn raids”)

#### ■ Implementation of an effective compliance program

- Management Commitment to respect Competition Law
- Communication of Competition Law Code of Conduct (“Do’s and Don’ts”)
- Compliance Trainings of employees working in areas sensitive to antitrust law (presence or online-trainings)
- Sustainability of the Competition Compliance Program (Trainings should be repeated on a regular basis)
- Appointment of a trusted (third) person employees can contact in case of questions
- Globally acting companies should have a **cross-border compliance program** that takes into account the cultural characteristics of each country.



## Contact Partner

---



### Dr. Rainer Velte

Georg-Glock-Straße 4  
D-40474 Düsseldorf  
T +49 211 600 55-536  
F +49 211 600 55-530  
[r.velte@heuking.de](mailto:r.velte@heuking.de)

Dr. Rainer Velte is admitted to the bar since 1997 and since 2005 partner at HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK in the field of antitrust law in Duesseldorf and Brussels.

He advises companies, associations as well as the public sector with regard to all aspects of German and European antitrust law including cartel fine proceedings, private enforcement, merger control and antitrust compliance. Dr. Rainer Velte teaches at Westfaelische Wilhelms-University Muenster in the Master Studies' Programme „Business Law and Restructuring“ and is member of the advisory board of the Institute of Antitrust Law at Heinrich-Heine University, Düsseldorf. Furthermore, he is member of the Working Committee Competition Law of the German Institute for Compliance (DICO).

### Education and former activities

- Wilmer Cutler Pickering Hale and Dorr, Berlin and Brussels, (2002-2005)
- Gaedertz Rechtsanwälte, later operating as Quack Rechtsanwälte, Berlin and Brussels (1998-2001)
- Ph.D.(Dr. jur.), University of Goettingen (1998)
- Bar exam, Court of Appeals of Berlin (1997)
- Trainee at German Federal Cartel Office (1994)
- Universities Konstanz, Fribourg (Switzerland), Saarbruecken und Heidelberg (1987-1993)
- Apprenticeship at BHF-BANK, Frankfurt am Main (1985-1987)