《中华人民共和国反垄断法》中经营者集中的评析

Comment On Operator's Concentration In《The Antimonopoly Law Of People's Republic Of China》

王晓晔

(中国社会科学院法学研究所　北京　100720)

内容提要:《反垄断法》在其以"经营者集中"为题的第四章对企业并购的反垄断审查做出了规定。这个规定适用于在中国市场上发生的所有企业并购,也包括在境外发生但对中国市场竞争具有限制性影响的企业并购活动。本文主要评析经营者集中的概念、经营者集中的申报、两阶段审查程序、禁止的实质性要件、豁免的条件和救济措施等6个方面。

关键词:反垄断法　经营者集中　豁免条款　救济措施

2007年通过的《反垄断法》在其以"经营者集中"为题的第四章对企业并购的反垄断审查做出了规定。这个规定适用于在中国市场上发生的所有企业并购,也包括在境外发生但对中国市场竞争具有限制性影响的企业并购活动。

一、经营者集中的概念

根据《反垄断法》第20条规定,经营者集中是指下列情形:(1)经营者合并;(2)经营者取得其他经营者足够数量的有表决权的股份或者资产;(3)经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。因此,与2006年《外资并购境内企业规定》中"外资并购境内企业"仅指"股权并购"和"资产并购"相比,2007年《反垄断法》的"经营者集中"有着比较广泛的涵义,即除"股权并购"和"资产并购"之外,还包括两个或者两个以上企业之间的合并,以及一个企业以合同或者其他方式取得对其他企业的控制权或者施加支配性影响的情况。就资产并购来说,如果一个企业要取得对另一企业的控制权,它一般应当取得50%以上的资产。就取得足够数量有表决权的股份来说,因为在企业股份处于市场流通的情况下,一个企业一般不需要取得另一企业50%的股份就可以对之施加支配性的影响,因此,法律上应对可施加支配性影响的股份提出一个量化标准,以提高法律的透明度,使企业能够对其法律行为的后果有可预见性。如《德国反对限制竞争法》第37条第1款规定,如果一个企业取得另一企业50%或者25%的股份,这两个企业可被视为出现了企业合并。

出于建立和维护市场有效竞争之目的,"经营者集中"还应当涵盖能够直接或者间接对其他企业产生支配性影响以致能够改变市场结构的其他经济活动,如两个企业共同建立一个长期的且具有独立经济实体功能的合营企业,即它们共同的子公司。因为这个子公司的建立可以改变市场结构,这在美国《反托拉斯法》和《欧共体竞争法》中都被视为企业并购活动,如《欧共体并购条例》第3条第4款和《美国克莱顿法》第7条的规定。当然,对合营企业的评价取决于建立之目的。如果一个合营企业的建立是出于限制母公司之间的相互竞争,这个合营企业就可能具有限制竞争之影响。如果两个企业出于共同研发之目的而建立合营企业,建立这个合营企业就可能具有推动竞争的作用。

二、经营者集中的申报

根据《反垄断法》第21条,经营者集中达到国务院规定的申报标准的,应事先进行申报,未申报的不得实施集

作者简介:王晓晔(1948-),女,汉族,河北张家口人,中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师。

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

中。有些企业并购活动事实上是企业集团内部交易,对市场竞争不会产生重要影响,因此《反垄断法》第 22条规定,经营者集中有下列情形之一的,可以不向国务院反垄断执法机构申报:(1)参与集中的一个经营者拥有其他每个经营者 50%以上有表决权的股份或者资产的;(2)参与集中的每个经营者 50%以上有表决权的股份或者资产被同一个未参与集中的经营者拥有的。

《反垄断法》第 21条要求达到一定标准的企业并购进行申报,但却没有规定具体的申报标准,主要原因是全国人大常委会在对该法的审议过程中,委员们对国务院提交草案中的申报标准有着太大的争议。《反垄断法(草案)》规定,如果参与集中的所有经营者在全球范围内上一年度的销售额超过 120亿元人民币,并且参与集中的一个经营者在中华人民共和国境内上一年度的销售额超过 8亿元人民币的,参与集中的经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报。[①] 有些常委会委员认为这个申报标准定得过低,有些委员认为不宜定得过高;还有些委员认为应当按照行业分类规定不同的标准;也有人建议在申报标准中增加市场份额标准。有些反垄断法专家对这个申报标准也提出了批评,认为它没有考虑被并购企业的情况,可能导致申报的企业并购对中国市场竞争没有直接、重大和可以预见的影响。比如,可口可乐是一个大跨国公司,在世界 200多个国家或者地区有生产经营活动。如果仅因为可口可乐公司在世界市场上的销售额超过了 120亿人民币,在中国市场上的销售额超过了 8亿人民币,就要求可口可乐公司在世界任何地区的并购活动都向中国反垄断执法机构进行申报,其中可能就有很多申报不具有合理性。例如,可口可乐在俄罗斯并购了一个很小的汽水瓶生产企业。如果这个并购对中国软饮料市场上的竞争几乎没有影响,这个并购活动的申报就存在管辖过度的问题。另一方面,我们还得考虑反垄断执法机关的承受能力。可以设想,如果可口可乐在世界任何地方的并购活动都向中国政府申报,中国反垄断执法机关肯定承受不了这样大的负担。[②] 鉴于各方面对申报标准有不同意见,同时考虑到经营者集中的申报标准应当随国家经济发展不断作出适当的调整,全国人大法律委员会建议,对经营者集中的具体申报标准由国务院作出规定并适当调整。

笔者认为,我国《反垄断法》对在境外发生的企业并购行使管辖权时,应考虑这些并购活动是否对我国市场竞争有一个可以预见的影响,即我们应当考虑被并购企业的情况。在这个方面,我们可以借鉴发达国家反垄断法的经验。例如,根据美国 1976年《哈特 - 斯科特 - 罗迪诺反垄断改进法》(Hart - Scott - Rodino Antitrust Improvement Act,简称 HSR Act)和美国联邦贸易委员会 2001年制定的申报规则(HSR Rules),一个企业并购是否申报,取决于以下条件:(1)并购方或者被并购方是否在美国从事影响美国的商业活动,这个标准简称为商业标准(commerce test);(2)被并购的资产或者被并购的有表决权的股票是否达到一定数量标准(该标准每年随美国 GNP的变化而被调整)是否达到一定数量标准,这个标准简称为交易规模标准(size - of - the - transaction test);(3)交易金额达到 2.268亿美元或不足这一金额但超过 5670万美元的情况下,并购方和被并购方在全球范围的销售额或者资产(该标准每年随美国 GNP的变化而被调整),这个标准简称为当事人标准(size - of - the - parties test);(4)豁免申报的其他可能性。根据上述交易规模标准,一个并购的交易额不足 5,670万美元,这个并购不需要申报。根据上述当事人标准,被并购方和并购方在全球的资产或者销售额分别没有达到 1,130万美元和 1.134亿美元,这个并购不需要申报。此外,即便达到上述申报标准的企业并购,仍有很多可得到豁免的可能性,特别是当一个并购涉及外国资产或者外国公司有表决权的股票时。根据《HSR Rules》的第 802.50条,一个美国公司或者外国公司取得一个外国公司,如果该外国公司上一营业年度在美国境内的销售额没有超过 567万美元,这个并购活动可免于申报。此外,即便被并购的外国公司上一营业年度在美国境内的销售额超过 567万美元,在下列情况下,这个并购仍可免于申报:(1)并购方和被并购方均为外国企业;(2)并购方和被并购方上一营业年度在美国市场的销售额共计不足 1.247亿美元;(3)并购方和被并购方在美国的资产共计不足 1.247亿美元;(4)并购交易额没有超过 2.268亿美元。

欧共体 1989年的《企业合并控制条例》也明确规定,该条例只适用于具有欧共体影响的合并。根据 2004年修订后的新条例,具有欧共体影响的合并除要求参与合并的企业在世界范围的销售额超过 50亿欧元,参与合并的企业在共同体市场上的销售额有三分之二以上不是来自一个且同一个成员国;还有一个条件是,参与合并的企业中至少有两个企业在共同体市场的销售额超过了 2.5亿欧元。[③] 这说明,欧共体竞争法中的企业并购申报标准也充分考虑到了被并购企业的情况。

为了减少国家间对跨国并购管辖权的冲突,国际竞争网络(ICN)在 2002年 9月发布了一个《关于合并申报程序的推荐意见》。根据这个推荐意见,主张管辖权的国

① 反垄断法草案(2006年 6月)第 17条。

② 王晓晔:《中国反垄断法草案"经营者集中"评析》,于中国社会科学院第五届竞争法和竞争政策国际研讨会(北京 2007年 5月 11 - 12日)提交的论文。

③ Article 1, Council regulation (EC) No. 139/2004 of 20 January 2004 on the Control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), Official Journal of the European Union, 29.1.2004.

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

家应与被审查的企业合并有恰当的地域联系。[④] 推荐意见指出,"地域联系"不应排除依据当事人在全球范围的活动而设立的"从属性标准"。但是,主张管辖权的国家如果与之缺乏地域联系,当事人在全球范围的资产或者销售额就不足引发一个合并申报。[⑤] 地域联系应限于与交易当事人的联系,特别是与被取得企业经营活动的联系。[⑥] 推荐意见还概括地指出,一国不应要求一个跨国合并对之进行申报,除非该交易能够对主张管辖权的国家产生重大、直接且即刻可以发生的经济影响。这一标准可在下列条件得到满足:(1)合并交易中至少两个当事人在该国有重大经济活动;或者(2)被取得企业在该国有重大、直接或者间接的经济活动,如在该国有其资产或者销售。[⑦] 如果合并交易中只有一方当事人在一个国家有经营活动,这个交易对该国的不利影响是遥远的,该国对这个合并要求的强制性申报一般不具合理性。推荐意见还进一步指出,"地域联系"作为申报标准取决于被取得企业的经营活动。为了避免那些于国家经济没有潜在影响的合并被强制要求申报,申报的门槛应该有一个合理的高度。[⑧] 推荐意见还指出,即便一个并购交易中被取得企业处于管辖国境外,该交易也可能对管辖国的市场竞争产生不利影响。但这一般发生在一个在国内占市场支配地位的企业并购外国一个大竞争者或者一个潜在大竞争者的情况。因为这种并购极为罕见,反垄断法关于境外并购的申报标准不能仅依据取得企业的资产或者市场销售额确定。

还需指出的一点是,反垄断法只应禁止于市场竞争有严重损害的合并,因此并购申报门槛不应太低,否则会给那些对市场竞争有利或者中性的合并带来不必要的成本。另一方面,企业合并是优化企业组织结构和提高企业市场竞争力的一个重要方式,也是挽救频临破产的中小企业的一个重要方式。因此,如果被并购企业不足一定规模,合并应当免除申报义务。出于这样的考虑,美国的HSR规则不仅明确规定了需申报的企业并购的最低交易金额,而且还规定了并购当事人包括被并购当事人的最小经营规模,这样很多涉及中小企业的合并就免除了申报。德国《反对限制竞争法》也明确免除了涉及中小企业并购的申报义务。根据该法第35条,市场销售额不足2000万欧元的企业与另一企业的合并不需要申报。

通过以上分析,笔者认为,国务院法制办2005年11月的《反垄断法(草案)》第17条中的申报标准很有可取之处:(1)集中交易额超过4亿元,参与集中的一方经营者在中国境内的资产总额或者上一年度销售总额超过15亿元,且其他任何一方经营者在中国境内的资产总额或上一年度销售总额超过5亿元;(2)中国境内集中的交易额超过15亿元;(3)经营者集中没有交易额的,或者集中的交易额未达到第(1)、第(2)项数额的,参与集中的所有经营者在中国市场上的资产总额或者上一年度销售总额超过50亿元。这个申报标准与2006年《反垄断法(草案)》相比,更多地考虑到被并购企业的情况和并购交易额。

三、两阶段的审查期限

《反垄断法》第25条规定,反垄断执法机构应自收到经营者提交的符合规定的全部文件、资料之日起30日内,对申报的经营者集中进行初步审查,作出是否实施进一步审查的决定,并书面通知经营者。第26条规定,反垄断执法机构决定实施进一步审查的,应自决定之日起90日内审查完毕,作出是否禁止经营者集中的决定,并书面通知经营者;作出禁止经营者集中的决定,应当说明理由。审查期间,经营者不得实施集中。该条还规定,必要情况下,反垄断执法机构可以延长第二阶段审查时限,但延长的期限最长不超过60日。

与2006年《外资并购境内企业规定》中90天的审查期相比,2007年《反垄断法》关于两个阶段审查期的规定有很多优点。

首先,两阶段审查期可以使绝大多数于市场竞争有利或者于市场竞争无害的企业并购早日得到批准。即在这种情况下,大部分企业合并可在第一审查期的30天内得到批准。30天内没有被告知得到了批准的合并,只要没有被通告进入第二审查期,合并也被视为得到了批准。因为企业并购的审查期是企业组织结构最不稳定的时期,缩短这个审查期,尽快使那些于市场竞争无害的企业并购得到批准,这对于稳定企业组织结构和促进企业生产经营活动有重要的意义。

其次,《反垄断法》中审查期的规定有很大灵活性。例如在某些情况下,如经营者同意延长审查期,或者经营者提交的文件资料不准确从而需进一步核实,或者经营者申报后的有关情况发生了重大变化,反垄断法执法机构可将这个90天的审查期延长至150天,这就给企业并购得到批准创造了条件。如企业可在这样一个较长的时间内修改并购计划,以消除反垄断执法机关对并购存在限制或者排除竞争的疑虑。另一方面,在企业同意延长审查期的情况下,反垄断执法机关也有较大的灵活性,如提出修改并购计划的方案,最后做出附条件批准的决定。

再次,增加了透明度。《反垄断法》第26条规定,反垄断执法机构作出禁止经营者集中的决定时,应说明理由。当然,《反垄断法》还应进一步提高透明度,即执法机构根据第25条作出批准并购的决定时,也应说明理由。

④ Recommended Practices for Merger Notification Procedures,资料来源:www.internatiuonalcompetitionnetwork.org/aboutus.html

⑤ Comment 2 to paragraph B of Article 1, Nexus to Reviewing Jurisdiction.

⑥ Comment 3 to paragraph B of Article 1, Nexus to Reviewing Jurisdiction.

⑦ Comment 1 to paragraph C of Article 1, Nexus to Reviewing Jurisdiction.

⑧ Comment 2 to paragraph C of Article 1, Nexus to Reviewing Jurisdiction.

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

因为这种决定不仅仅面对参与并购的企业,而且还面对其他经营者,包括并购企业的竞争对手。此外,对进入第二阶段的审查也应说明理由,因为这不仅增加执法透明度,而且也是一种对反垄断执法活动的监督机制,以减少他们工作中的拖延。事实上,为了提高执法透明度,为了更好地监督执法者,反垄断执法机构的所有决定包括批准决定和禁止决定,都应说明理由,并且向社会公告。

四、禁止并购的实质性要件

《反垄断法》第 28条规定,经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,反垄断执法机构应作出禁止经营者集中的决定。根据第 27条的规定,反垄断执法机构考虑一个并购是否具有排除、限制竞争效果时,考虑以下一系列因素:(1)参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力;(2)相关市场集中度;(3)经营者集中对市场进入、技术进步的影响;(4)经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响;(5)经营者集中对国民经济发展的影响;(6)反垄断执法机构认为应当考虑的影响市场竞争的其他因素。

上述规定似乎存在矛盾。因为依照第 28条第 1句,反垄断执法机构做出是否禁止经营者集中的决定时,只是考虑这个集中是否具有排除、限制竞争的影响。这显然是从竞争政策出发的,例如经营者集中能否导致过高的市场集中度。但是根据第 27条第 5项的规定,反垄断执法机构还要考虑集中"对国民经济发展的影响",这似乎说明反垄断执法机构从一开始还要考虑国家的产业政策。这就出现了一个问题,即反垄断执法机构做出禁止或者批准经营者集中的基本依据是什么,是以竞争政策为导向,还是以产业政策为导向?

如果说世界各国反垄断法在内容上存在一定差别的话,那么它们在企业合并控制方面毫无疑问都是以竞争政策为导向的。如《德国反对限制竞争法》第 36条第 1款规定,"如可预见,合并将产生或加强市场支配地位,联邦卡特尔局应禁止合并,…… "美国司法部和联邦贸易委员会 1997年《横向合并指南》也明确指出,指南的指导思想是,合并不得产生或增强市场势力或者推动行使市场势力,因为行使市场势力在任何情况下都会导致财富不合理的分配,其结果是社会资源的错误配置。⑨ 这里所指的市场势力是指企业能够在相当长时间里把产品价格维持在竞争性的市场价格水平之上的能力。因为控制企业并购的目的是为了避免产生或者加强市场势力,执法者决定是否禁止合并的基本依据当然就是市场结构的变化,即合并之后是否产生占市场支配地位的企业或者会进一步加强这种企业的市场势力。这就是说,控制企业并购的基本依据应当是市场集中度,或者并购之后企业市场份额所发生的变化。另一方面,以市场集中度作为干预企业并购的依据也是合乎反垄断逻辑的,因为反垄断法禁止滥用市场支配地位的规定就是依据这样一个经济学原理:当一个企业有着市场支配地位时,它可能会滥用这个地位,从而对竞争和消费者产生严重的不利影响。

此外,《反垄断法》第 28条第 1句将禁止经营者集中的要件定为"具有排除、限制竞争效果",这也存在较大问题。因为任何企业并购活动对于相关市场和相关企业都具有一定的限制性影响。反垄断法允许一般性的限制竞争,但不允许程度严重乃至排除竞争的限制竞争。至于什么样的企业并购可达到排除竞争和严重限制竞争的程度,应在具体案件中进行具体的经济分析,特别是考察相关的市场结构。在美国法和欧盟法中,为使企业对其合并计划有可预见性,为了给执法机关分析和评估合并提供指导,"过度集中"或者"排除和严重限制竞争"都有量化标准。如美国反托拉斯行政执法机关使用 Herfindahl - Hirshmann - Index(简称 HHI)来区分高度集中、中度集中和没有集中的市场。有些反垄断法把排除和严重限制竞争表述为"能够产生或者加强市场支配地位"。欧共体企业合并控制条例的序言指出,"一个具有共同体影响的合并如果产生或加强市场支配地位,并由此严重损害共同体市场或其重大部分的有效竞争,该合并应视为与共同体市场不协调。"我国反垄断法禁止合并的标准也应有相关的指南或者实施细则,以提高执法的透明度。

需要指出的是,我国禁止经营者集中的实体法规则在实践中将会受到严峻的挑战,因为发展具有国际竞争力的大企业集团是我国当前一项重要的经济政策。我国刚颁布的《反垄断法》也体现了这个精神,如第 5条规定,"经营者可以通过公平竞争、自愿联合,依法实施集中,扩大经营规模,提高市场竞争能力。"第 7条规定:"国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业,国家对其经营者的合法经营活动予以保护,…… "。特别需要提及的是,根据国资委 2006年年底的整体部署,国有经济应对关系国家安全和国民经济命脉的重要行业和关键领域保持绝对的控制力,并明确军工、电网电力、石油石化、电信、煤炭、民航、航运等 7大行业将由国有经济控制,发展趋势是国有资本总量增加,结构优化,一些重要骨干企业发展成为世界一流企业,并提出到 2010年培育出 30家至 50家具有国际竞争力的大企业集团的目标。⑩ 因此,某些来自国资委和国家电网公司等中央企业的声音是,电力、电信、铁路、民航、石油等具有自然垄断性质以及需要国有资本控制的领域及行业不应当适用《反垄断法》。

笔者相信,在经过近 30年经济体制改革的中国,大多数人不会同意上述看法。国家的确有必要推动和发展具有国际竞争力的企业,但这是否意味着国家一定应当通过发展垄断企业或者维护在位垄断大企业的方式去实

⑨ 比较美国司法部和联邦贸易委员会 1992年 4月 2日《横向合并指南》第 0.1节。

⑩ 张宇哲:《反垄断立法难解自然垄断困局》,载《财经》2007年 8月 23日。

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

现？实践已经表明，绝大多数的垄断包括企业垄断和行政垄断都是不合理的现象，其本质不过是限制价格机制调节社会生产和优化配置资源的功能。从短期看，垄断会导致价格上涨和质量下降，损害消费者利益；从长期看，垄断会导致企业生产效率低下和国家经济短缺。更重要的是，垄断会遏制一个国家和民族的竞争精神，而竞争精神才是国家经济发展的真正动力。

五、经营者集中的豁免

根据《反垄断法》第28条第2句，一个经营者集中如果具有或者可能具有排除、限制竞争效果，反垄断执法机构可能作出禁止性决定时，如果经营者能够证明这一集中对竞争产生的有利因素明显大于不利因素，或者符合社会公共利益的，反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定。这个规定明显是对具有限制竞争影响的经营者集中的豁免。

反垄断法中的经营者集中控制一般都有豁免的规定，尽管"豁免"两个字不一定出现在法规中。如德国《反对限制竞争法》第36条第1款规定，如可预见，合并将产生或者加强市场支配地位，联邦卡特尔局应禁止合并；但是，参与合并的企业证明合并也能改善竞争条件，并且这种改善超过支配地位的不利条件，不在此限。该法第42条第1款还规定，在个别情况下，合并对整体经济的好处可以弥补对竞争的限制，或者合并符合重大的公共利益的，应申请，联邦经济部长可批准原为联邦卡特尔局所禁止的合并。在批准时，也应考虑参与合并企业在本法适用范围之外的各个市场上的竞争力。只有在限制竞争的程度不危及市场经济秩序的情况下，才能为此批准。然而在实践中，德国经济部长很少有批准受到联邦卡特尔局禁止的经营者集中的情况。2002年，德国经济部长批准了E.ON股份公司以107亿欧元并购德国最大天然气销售商Ruhrgas股份公司的活动，但这个批准受到了很多人的指责。[11]

美国司法部和联邦贸易委员会1997年的《横向合并指南》中也有豁免的规定，尽管也没有明确提及"豁免"两字。《指南》第0.2节概述了司法部和联邦贸易委员会对企业横向合并的分析方法：第一，评估合并是否显著增加了市场集中度，导致集中化的市场；第二，根据市场集中度以及表示市场特征的其他事实，评估合并是否引起潜在的反竞争效果；第三，评估新的市场进入能否及时地、可能地和充分地阻止或者抵消合并引起的反竞争效果；第四，评估合并的经济效益（这些效益是当事人正常情况下不可能通过其他途径获得的）；最后，评估如果没有合并，参与交易的一方是否可能破产和退出市场。这一节的结论是，通过评估市场集中、潜在的反竞争效果、市场进入、效率和破产等一系列问题，当局就可回答对一个合并分析后的结论：这个合并是否产生或者加强市场势力，或者推动行使市场势力。

表面上，德国法和美国法豁免企业合并的规则是不同的，因为美国法几乎不考虑产业政策和社会公共利益等与竞争无关的因素，[12]而在德国联邦卡特尔局的实践中，经济效率不能成为豁免企业并购的重要理由，特别当合并能够产生或者加强市场支配地位时，联邦卡特尔局不会接受当事人以经济效率为由的辩护。然而，另一方面，因为竞争政策和产业政策之间不是绝对相互不可逾越的，美国法和德国法关于豁免的规则就有相似性。例如，美国法关于经济效率的考虑，很难说它不是出于产业政策。美国注重对与破产企业相关的并购活动给予豁免，这一方面是出于市场竞争的考虑，因为这样的合并一般不会产生市场势力，另一方面也是出于产业政策的考虑，因为这种合并有利于推动企业重组活动。美国法和德国法在并购豁免方面的共同之处是，被豁免的企业并购不能严重影响市场竞争。例如，美国法要考虑企业合并中的经济效率，但强调这是合并特有的效率，是可以认知的效率，且这个效率不是来自并购后企业在产品或者服务方面的限制竞争。横向合并指南还指出，如果一个合并导致垄断或者近乎导致垄断，合并产生的效率不具有合理性。

我国《反垄断法》第28条第2句关于豁免的规定，主要参考了德国法的内容。需指出的是，经营者集中对竞争产生的有利影响，不是指企业通过合并可以提高自身某些方面的竞争优势，而是指相关市场上竞争结构的改善。例如，一个经营者集中虽然加强了取得企业的市场地位，但是如果没有集中，被取得企业将被迫退出市场，这也许就可判断这个集中比没有集中更有利于市场竞争。衡量集中对市场竞争影响的这一规定说明，经济效率尚未成为我国反垄断法豁免经营者集中的理由。但是，由于第27条"经营者集中对国民经济发展的影响"的规定，不排除反垄断执法机构基于经营者集中可以实现生产合理化，或者有利于提高企业的经济效率和市场竞争力等理由而批准限制竞争的经营者集中。

我国《反垄断法》第28条为经营者集中辩护的第二个理由是社会公共利益。在这个方面，商务部2006年《外资并购境内企业规定》的第54条有重要的参考价值。它除了规定改善市场竞争条件的企业并购可以向商务部和国家工商局申请审查豁免外，其他三种企业并购也可得到这样的待遇，它们是：(1)重组亏损企业并保障就业的；(2)引进先进技术和管理人才并能提高企业国际竞争力的；(3)可以改善环境的。这说明，这三种情况被视为有利于社会公共利益。应当说，反垄断法关于社会公共利益的规定非常必要。因为经济非常复杂，无论从现实还是从发展的眼光看，竞争政策同社会公共利益或者整

⑪ Getting the Deal Through - Merger Control 2007, p. 121.

⑫ Getting the Deal Through - Merger Control 2007, p. 121.

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

体经济利益都有冲突的可能性。一个比较灵活的法规可以给执法机关留有余地,使它在竞争政策和产业政策发生冲突时有选择的机会。但是,另一方面,反垄断执法机构应当谨慎地执行产业政策,否则它就不可能认真执行国家的竞争政策,而竞争政策则是市场经济国家维护其市场经济秩序的基本政策。

六、违法集中的救济

法律救济一般是指执法机构为减少违法行为的损害而采取的必要措施。根据《反垄断法》第 48条,经营者违反本法规定实施集中的,由反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态,可以处 50万元以下的罚款。

经营者违法实施的集中一般有以下情况: (1)该申报不申报而实施了集中; (2)申报未得到批准前就实施了集中; (3)申报中提供了虚假信息而骗取了反垄断执法机关的批准。应当说,上述违法行为在性质上都很严重,公然蔑视法律,是扰乱经济秩序和社会秩序的行为。为了惩罚违法行为,同时也是为了给其他经营者一个警示,各国反垄断法一般对违法的经营者集中规定了数额较大的罚款,如德国规定的最高罚款是 50万欧元,欧盟规定的最高罚金是不超过相关企业全球市场销售额的 10%。反垄断执法机关在具体案件中确定具体罚金的时候,应当考虑到违法行为的性质、程度和持续的时间。

我国《反垄断法》规定 50万元以下的罚款金额,其威慑力有些不足。因为违反经营者集中规定的,只能是市场上的一些大企业。对于这些大企业来说,区区 50万元人民币何谈威慑? 还应该想到的一个问题是,在经营者违法合并的情况下,恢复原状或者拆分企业事实上都是很难办的事情,因为这涉及企业组织结构的重大调整。所以,在实践中,对违法企业征收罚金是最重要的救济手段。如果这个手段不具威慑力,反垄断法很难消除违法并购活动对市场竞争的不利影响。

七、外资并购的国家安全审查

据 Dealogic的统计, 2006年外资在中国境内并购的金额达到了 310亿美元,这几乎是上世纪末外资在中国境内进行企业并购的 31倍。近年来的美国凯雷收购中国的徐工一案引人注目。2005年,凯雷要注资 30亿人民币收购徐工机械 85%的股份。到了 2006年 10月,凯雷的这一并购计划改为收购徐工 50%的股份。到了 2007年 3月,凯雷改以 18. 01亿元的价格获得徐工机械 45%的股权。但是,这个收购是否最终得到中国政府的批准还不得而知。2006年,法国 SEB集团出资 24亿人民币收购中国苏泊尔 52. 7%至 61%股权。因为被收购的苏泊尔在 2005年的市场销售额超过了 15亿人民币,所占有市场份额大约为 40%,从而使这起并购成为一起引人注目的外资并购事件。由于并购受到了苏泊尔竞争对手的强烈反对,因而成为商务部开展反垄断审查听证的第一案。2007年 4月,商务部发出《原则同意浙江苏泊尔股份有限公司引进境外战略者投资的批复》,同意 SEB持苏泊尔 52. 74%至 61%股权。这些情况说明,对于中国市场上的企业并购活动,人们特别关注的是外资对国内企业的并购。

有人说,我国《反垄断法》关于外资并购中国家安全审查的规定说明中国关于引进外资的经济政策发生了重大变化。这种观点是错误的。其实,关于外资并购境内企业的国家安全审查制度,并不是中国独有的法律制度。2005年 1月,中国海洋石油公司收购美国优尼克公司的计划就曾因国家经济安全问题遭到了美国政府的抵制。中国企业海外收购所受到的挫折一方面激发了中国人民的爱国主义精神,例如在中国政府审查凯雷收购徐工的过程中,有人甚至表达了"卖徐工就是卖国"的观点;另一方面,这也使我国立法者进一步认识到,我们也有必要高度重视有效利用外资和国家经济安全的问题,即一方面要继续大力吸引外资,另一方面又要防止外资在我国市场上并购境内企业的规模过大,特别要注意防止外资企业对我国品牌企业的恶意收购,维护国家经济安全。在这种情况下,我国《反垄断法》第 31条规定,"对外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中,涉及国家安全的,除依照本法规定进行经营者集中审查外,还应当按照国家有关规定进行国家安全审查。"因此,这个规定非常符合中国的国情。

需要指出的是,外资并购中的国家经济安全审查因为不属于国家竞争政策的问题,国家经济安全审查的任务就不能由反垄断执法机关来承担。在这个方面,我国也将会借鉴其他国家的实践经验,建立相关的审查机构和程序。

与 2006年商务部等六部委发布的《规定》相比, 2007年颁布的《反垄断法》在控制经营者集中的程序法和实体法方面均有了很大程度的改善。然而,《反垄断法》仍有值得商榷或者需要改进之处。最大的问题是如何科学地确定一个经营者集中的申报标准,这个标准应当保证申报了的经营者集中与中国市场有着比较密切的地域联系。在禁止合并的实体法方面,从逻辑的推理和市场经济国家的实践经验出发,建议将排除和严重限制竞争作为禁止合并的实质性标准,同时,将导致和加强市场支配地位视为经营者集中排除或者严重限制竞争的可能性。在企业并购案件中,还应当加强经济分析,减少以产业政策为导向的豁免。反垄断执法机构原则上只是执行国家的竞争政策。在竞争政策与其他政策特别是与产业政策发生冲突的时候,竞争政策应处于优先适用的地位。最后,我们还应当借鉴美国、欧盟以及其他国家的经验,制定企业并购的相关指南或细则性规定。因为区区十几条规定,即便它们非常完善,也不可能解决实践中与企业并购相关的各种问题。特别在界定相关市场、认定市场集中度、分析企业合并的潜在反竞争效果、分析与企业并购相关的经济效率等一系列问题上,我们都需要未来的反垄断委员会和反垄断执法机构制定相关的指南或者提供比较明确的法律指导或者政策指导。

© 1994-2009 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net