



文 / 王晓晔

反垄断法的 “经营者集中”控制

——《反垄断法》释义之五

我国《反垄断法》第四章对经营者集中的反垄断审查做出了规定。这个规定不仅适用于我国市场上发生的企业并购，也适用于我国境外发生但对我国市场竞争有严重限制性影响的企业并购。

一、经营者集中的概念

根据反垄断法第 20 条，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。与商务部为首的国家六部委 2006 年发布的《外资并购境内企业规定》相比，《反垄断法》的“经营者集中”有比较广泛的涵义，即除了“股权并购”和“资产并购”，还包括企业通过合同或者其他方式取得对其他企业的控制权或者能够施加支配性影响的情况。就资产并购来说，一个企业如果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。这种情况下，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。

二、经营者集中的申报

反垄断法第 21 条规定，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中。因为有些企业并购活动事实上是企业集团的内部交易，对市场竞争不会产生重要影响，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，但却没有规定具体标准，主要原因是全国人大常委会审议过程中，委员们对国务院提交草案中的申报标准有着太大的争议。该草案规定，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我国境内上一年度的销售额超过 8 亿元人民币的，这个并购应当事先向国务院反垄断执法机构进行申报。有些委员认为这个申报标准定得过低，有些认为不宜定得过高，有些认为不同的行业应当规定不同的标准，有些还提出应当以市场份额为申报标准。此外，有些专家对这个申报标准也提出了批评，认为它没有考虑到被并购企业的情况，可能导致申报的企业并购对我国市场竞争没有直接的、重大的和可以预见的影响。鉴于各方面的意见，同时考虑到经营者集中的申报标准应当随着国家经济的发展不断作出适当的调整，全国人大法律委员会建议，由国务院对经营者集中的具体申报标准作出规定并进行适当调整。

还需指出的一个问题是，反垄断法只是禁止对市场竞争有严重损害的合并。因此，这个申报标准的门槛不应太低，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竞争力的一个重要方式，也是挽救濒临破产的中小企业的一个重要方式。因此，被并购的企业如果不足一定规模，合并应当免除申报的义务。如德国《反对限制竞争法》第 35 条规定，市场销售额不足 2000 万欧元的企业与另一企业之间的合并不需要申报。

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,反垄断执法机构可延长第二阶段审查时限,但延长的期限最长不超过60日。上述关于审查期的规定有很多优点。特别是两阶段审查期可以使绝大多数与市场竞争有利或者与市场竞争无害的企业并购早日得到批准。即这种情况下,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间是企业组织结构最不稳定的时期,缩短审查期,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。

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,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,如经营者集中能否导致过高的市场集中度。但是根据该法第27条第5项,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就要考虑国家的产业政策。由此就出现了一个问题,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竞争政策还是产业政策?

毫无疑问,世界各国反垄断法在企业合并控制方面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》也指出,该指南的指导思想是,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。为了评估一个合并能否产生或增强市场势力或者推动行使市场势力,该指南还提出使用Herfindahl-Hirshmann指数(HHI)来区分高度集中、中度集中和没有集中的市场。我国反垄断法这方面也应制定相关的指南或者细则,以提高执法透明度。

五、经营者集中豁免

根据《反垄断法》第28条第2句,经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响,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。这一规定显然是对具有限制竞争影响的经营者集中的豁免。其他国家的反垄断法一般也有豁免的规定,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为联邦卡特尔局所禁止的合并。

在理解我国反垄断法中“社会公共利益”方面,2006年《外资并购境内企业规定》第54条有重要参考价值。它除了规定改善市场竞争条件的企业并购可向商务部和国家工商总局申请审查豁免外,以下三种企业并购也可得到这样的待遇:一是重组亏损企业并保障就业的;二是可以引进先进技术和人才并能提高企业国际竞争力的;三是可以改善环境的。这说明,这三种企业并购被视为有利于社会公共利益。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,反垄断执法机构应谨慎使用“社会公共利益”条款豁免对市场竞争有严重不利影响的企业并购,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市场经济秩序的基本政策。■

(作者为中国社会科学院法学所研究员,《反垄断法》起草小组顾问。)