

警惕境外竞争机构将中国同行国企视为“单一经济体”

湖南大学法学院 王晓晔

随着“走出去”战略的实施，我国企业海外并购的势头很猛。为顺利实施海外并购，我国企业不仅应了解被并购的企业，还应了解东道国相关的法律制度，反垄断法就是其中一个重要法律。

世界上大多数国家有反垄断法，其重要内容之一是控制企业并购，目的是防止并购规模过大，导致市场垄断。例如，欧盟委员会2006年禁止中国国际海运集装箱（集团）公司并购荷兰博格公司，其理由是该并购将损害内部大市场的竞争。值得关注的是，欧盟委员会在审查涉及中国国有企业的并购案中，往往扩大考虑同行业中国的其他国有企业。这种做法加大了国有企业海外并购的风险，且对它们的全球竞争有着长远的不利影响。

欧盟委员会将中国同行国企视为“单一经济体”

根据欧盟法，如果并购不会严重损害内部大市场的竞争，即可得到批准。在考虑并购是否损害内部大市场的竞争时，欧盟委员会要考虑并购参与方的市场份额和市场销售额。测算这些数据，需考虑并购企业自身的情况及其关联企业。考虑到国有企业是受国家控制，欧盟委员会认定国有企业是否构成“单一经济体”的标准是，它们是否有权独立进行商业决策。在涉及法国、德国、意大利等欧盟成员国国有企业的一系列并购案中，欧盟委员会认为这些企业有权进行商业决策，从而可视为“单一经济体”。

然而，在涉及中国国有企业的并购案中，欧盟委员会是将同行业的中国国有企业视为“单一经济体”。在中国化工和荷兰DSM组建合营企业DAI的并购案中，欧盟委员会除计算中国化工和DAI的市场份额，还计算了中国的华北制药、哈尔滨制药和国药集团等其他国有企业的份额。最后，考虑到这些企业即便在相关市场的共同份额也不过30%—40%，欧盟委员会认定该交易没有反竞争的问题。2011年，欧盟委员会至少对5起涉及中国国有企业的并购进行过反垄断审查，包括中国华能收购Intergen、中石油与Ineos组建合营企业等。在这些案件的审查中，欧盟委员会没有把参与并购的中国国有企业视为“单一经济体”，而是扩大考虑同一行业中国的其他国有企业。

欧盟委员会对中国国有企业的看法是基于中国国资委的网上公开信息，如指导和推进国有企业的改革和重组，推进国有企业的现代企业制度建设，完善公司治理结构，推动国有经济布局 and 结构的战略性调整，等等。在中国化工与DSM组建合营企业一案中，尽管中国化工提出，国资委的权力限于批准其经营活动的范围，且国有企业之间没有连锁经营的问题，但欧盟委员会坚持认为中国化工没有独立经营权。

同行国企被视为“单一经济体”可能遭遇不公平后果

如果中国同行国有企业被视为“单一经济体”，这些企业参与的跨国并购就容易受到反垄断法的干预。一个对欧盟市场具有影响的并购是否可得到批准，很大程度上取决于参与并购企业的规模。显而易见，中国化工作为“单一经济体”和中国同行国有企业共同作为“单一经济体”的后果是不一样的。

同行国有企业被视为“单一经济体”，有可能遭遇不公平的法律后果。根据欧盟法，违反反垄断法的企业可被处上一营业年度市场销售额10%以下的罚款。如果同行国有企业被视为“单一经济体”，一家违反欧盟竞争法的国有企业就可能被按照同行所有国有企业的市场销售额征收罚款。中国现有100多家央企和1000多家地方国企。随着“走出去”战略的实施，这些企业难免在国外遭遇反垄断法指控。

中国同行国有企业被视为“单一经济体”的做法还会产生其他负面效应。2009年，中国铝业集团出资195亿美元收购力拓的部分股权时，澳大利亚竞争和消费者委员会（ACCC）对中国铝业采取类似欧盟的审查办法，把中国铝业、中国政府和钢铁业的其他国有企业视为一个经济体。因此，我们不能不警惕其他反垄断执法机构可能效仿欧盟和澳大利亚的做法。此外，欧盟委员会和ACCC的做法还会影响涉及中国国有企业的其他类型案件，即当一家国有企业在欧盟被罚款或被迫支付损害赔偿的情况下，中国其他同行国有企业有可能被要求承担连带责任。

通过执法与合作改善国企海外竞争状况

反垄断域外适用涉及国际关系，处理国际关系的问题需要国际合作。因此，我国应通过反垄断执法机关与欧盟委员会竞争总司签署的《反垄断法领域合作的谅解备忘录》，与欧盟委员会沟通，要求对方不得歧视性对待中国国有企业。我国政府应向欧方说明中国的政策和法律，特别是《企业国有资产法》的相关规定。

在我国反垄断执法中，除涉及社会公共利益的个别情况，参与竞争的国有企业应与其他企业一样适用反垄断法。这不仅体现我国依法治国，体现我国反垄断法的权威和地位，而且也是向国际社会证明，中国国有企业是独立法人，有经营自主权和决策权。例如，国家发改委对中国电信和中国联通涉嫌垄断的调查以及对茅台和五粮液的行政罚款，就是中国国有企业独立经营的有力证据。这些案件有助于改变国际社会对中国国有企业的看法，有助于改善它们在海外竞争的境况。

实施海外并购的国有企业应提高警惕，在海外进行并购申报时，应准备更多、更充分和更广泛的信息。这些企业一方面应据理力争，说明自己是独立经营者，是“单一经济体”；另一方面也应防备不测，特别是应当准备同行其他国有企业的信息，以防它们的并购交易因为可能有更多审查内容而对交易造成不必要的延迟。

（本文系国家社科基金重大项目“垄断认定过程中的相关市场边界划分原则与技术研究”（12&ZD200）阶段性成果）