



贸易和发展理事会
贸易和发展委员会
竞争法和竞争政策问题政府间专家组
第十六届会议
2017年7月5日至7日，日内瓦
临时议程项目3
工作方案，包括有关竞争法和
竞争政策的能力建设和技术援助

为新成立的小型竞争管理机构设计兼并管制制度的挑战

贸发会议秘书处的说明

内容提要

兼并管制，与禁止占支配地位的公司的共谋协议和滥用的反垄断规则一样，是竞争制度的基本支柱之一。采用兼并管制，是为了应对这样一种需要，即保护市场竞争结构免受收购交易或兼并的不利影响。

对集中实行管制，其制度的设计必须考虑若干要素，这些要素需要适应各种情况和各个管辖区的需要。如果是新成立的小型竞争管理机构要采用管制规则，还必须考虑到这种管理机构所面临的人力和财力限制以及缺乏经验和竞争文化的问题。

上述情况均应被纳入考虑，以使竞争管理机构既能熟悉管制框架，又不会损害竞争制度的另一大支柱——反垄断规则的有效执行。因此，应当仔细草拟兼并管制规则，这关系到竞争管理机构的信誉，特别是新成立的管理机构的信誉。为了不失信誉，有必要以效率标准为基础，出于公益地客观实施上述管制。

本文件着重指出在为新成立的小型竞争管理机构设计兼并管制制度时需要考虑的各项基本要素。



目录

	页次
一. 导言：新成立的小型管辖区的特点.....	3
二. 为新成立的小型管理机构设计兼并管制制度的基本要素.....	4
A. 兼并的定义.....	5
B. 兼并管制制度：事前、事后或自愿管制制度.....	6
C. 兼并通报的适用标准：通报门槛.....	6
三. 程序设计所要遵循的原则：从速、透明和尊重辩护权.....	7
A. 通报的期限和形式.....	7
B. 审核期.....	8
C. 文档的获取.....	8
D. 透明.....	9
四. 兼并对竞争的影响的实质性分析.....	9
A. 对竞争的影响的核验方式.....	10
B. 兼并获批准所需采取的补救措施或条件.....	11
五. 新成立的小型竞争管理机构有效、高效和及时的兼并管制 所需的体制资源和权力.....	12
A. 权力和工具.....	12
B. 高效利用现有资源.....	13
六. 结论.....	13

一. 导言：新成立的小型管辖区的特点

1. 世界各地都实施了竞争法，但实施方式在实质上和体制上存在一些差异，甚至所要实现的具体目标都存在差异。每个管辖区在设计竞争制度时，应决定是要沿袭其他管辖区的模式、还是要建立自己的模式，或是要混合采用多种现有制度。

2. 管辖区在设计竞争法时，可能有沿袭既定法律的潜在动机，因为经验较少的管辖区(主要是新成立、小型和在发展中国家的管辖区)如果复制具有高效、有效竞争法律制度的较大、发达的管辖区的法律，可以从中受益。但是，所起草的法律必须涵盖所涉管辖区的特点。

3. 本文主要关注发展中国家经济体，因为大部分新成立的小型竞争管理机构都位于这种经济体内。这些经济体所共有的某些特点应当被纳入考虑。其中一个重要的特点涉及市场管制的意识形态和方法。从经济角度而言，许多此类经济体可能受到政府干预，处于向自由化、私有化和放松管制转型的阶段，同时面临在生产流程中引入新技术的问题。相应地，在推行和适用竞争法时，每个经济体所处的转型阶段和实施自由化原则的程度都是重要的因素。从体制角度而言，这些经济体的竞争管理机构在人力和财力方面会受到重要的限制。从政治角度而言，这些国家缺乏稳定性，会影响政府进行长期市场变革的决心，而且这些国家的公司不论具备多大的比较优势，都可能因为进入新市场面临的障碍而竞争力受限。最后，缺少竞争文化，妨碍对竞争效益的维护。¹

4. 兼并管制，与竞争制度的另一关键支柱，反垄断规则一样，是竞争制度的一大支柱。兼并管制旨在保护市场竞争结构不受收购交易或兼并的影响。要使竞争管理机构既能熟悉兼并管制框架，又不损害反垄断规则的有效执行，就应考虑上文所述的情况。² 这关系到竞争管理机构的信誉，信誉对新成立的管理机构而言尤为重要。³ 因此，应仔细草拟兼并管制规则。

5. 新成立的小型管辖区的立法者在采用更先进制度的法律模式时，应在效益(法律确定性更高、学习和合规成本更低、环境更具竞争力，以及贸易或金融效益等)和限制(决策错误的风险、对竞争效益的认识水平低、不论法律内容一律消极应对的态度等)之间取得平衡。因此，必须分析发展中经济体一些常见问题，特别是与这些经济体高度集中的倾向以及国内公司达不到最小有效运营规模的情况有关的一些问题。⁴

6. 对集中的管制制度的设计应适应各种情况和各管辖区的需要，并且新成立的小型竞争管理机构有必要考虑到人力和财力限制以及缺乏经验和竞争文化的问题。

¹ 许多国内公司习惯于在政府保护的垄断制度下行事，进入竞争制度可能并不具备竞争力。

² 例如，如贸发会议塞尔维亚竞争政策自愿同行审评(2011年)所述，兼并审核占据了国家竞争管理机构逾80%的工作负荷。

³ 例如，如贸发会议亚美尼亚竞争政策自愿同行审评(2010年)所述，如果管理机构要求公司在兼并之前进行通报的规定得不到遵守，会削弱管理机构的权威。

⁴ 经济合作与发展组织(经合组织)秘书处，2003年，竞争政策与小型经济体，经合组织全球竞争论坛，CCNM/GF/COMP(2003)5。

7. 立法者可能因为可用资源有限而决定不建立兼并管制制度，也可能考虑建立一种范围有限的制度，只规范那些会以某种特定方式影响市场运作的某些大型兼并。⁵ 可能有一种方便的处理方法，即采取过渡性措施推迟管制制度的生效(例如推迟到法律通过五年后)，以便竞争管理机构能够收集足够的经验来妥善评估这种行动对消费者福利的经济影响。也可以建立一个自愿或事后管制制度，以便管理机构事后对扰乱竞争的某些兼并交易采取行动。

8. 无论如何，兼并规则应该简单明了，其范围应仅限于可能导致市场结构性问题的交易。管制制度不应对公司的经济自由造成不合理障碍。反垄断法应从体制上妥善设计兼并管制手段，以此实现权衡取舍，不用考虑因为这种管制而采用了何种实质性标准。

9. 虽然全世界大多数竞争制度都包括兼并管制条款，但这些条款的内容和执行方式依管辖区的不同而各不相同。从效率角度而言，兼并管制法律所建立的制度应旨在对兼并实施及时、高效的管制，既保障法律安全，又不对公司的经济扩张和成长造成不合理制约。

10. 与此相关的是，应分析以下内容：

(a) 与各种不同类型的兼并有关的法律条款和执行政策

(b) 所考虑的结构因素和行为因素，以及这些因素的相对重要性，包括触发竞争管理机构审查的市场份额门槛和(或)营业额门槛

(c) 对待效率收益和非竞争标准的方式

(d) 涵盖范围和豁免结构

(e) 程序性安排，例如要求对达到特定市场份额条件或营业额条件的公司兼并予以自愿或强制通报，或者可对兼并进行事后干预，以及采取补救和制裁措施。⁶

11. 下面的各个章节将具体考虑到新成立的小型竞争管理机构的特点和限制，从形式和实质的角度分析在设计兼并管制制度的过程中应当考虑的主要因素。

二. 为新成立的小型管理机构设计兼并管制制度的基本要素

12. 设计有效、高效和及时的兼并管制制度的第一步是确定适用范围，适用范围可能取决于三个因素，即应对集中实行管制的交易的定义、通报制度的建立，以及报告门槛的确定。

⁵ 采取不干预政策的另一个理由主要在于，兼并政策可能影响公司自由成长和竞争的能力，也可能影响大型国内龙头企业的形成，这种龙头企业能提高国内公司的生产效率和在世界各市场中的竞争力。例如，如贸发会议牙买加竞争政策自愿同行审评(2005年)所述，牙买加没有采用兼并政策，因为该国认为，法律不应阻止公司进行重组或兼并，这样公司才能在该国新近开放的自由市场环境中成长和生存。

⁶ TD/RBP/CONF.7/L.6。

A. 兼并的定义

13. 兼管制立法的一个关键要素是对竞争管理机构所要管制的交易进行定义。基本思想是，凡是将原本各自独立的市场参与者变为单一参与者，进而改变市场结构并可能损害竞争的交易，都要囊括在定义中。对于兼并的定义，法律应作出具体而详细的规定，以便管制制度能清楚地识别兼并交易。

14. 所使用的标准要能识别那些在一定限度内属于合规的交易，例如战略联盟(合资企业)和少数股东权益收购，对这种交易可能也需要予以关注。集中的定义还可包括有关标准，以管制那些通过逐步交易或一系列行动来实现集中的情况。⁷

15. 集中是一种隐含稳定改变企业的整个或一部分控制结构的交易。集中这一概念本身包含以下两个条件：

(a) 控制权的变更：即掌控合约、权利或任何其他手段所赋予的权力，能在事实上或法律上对公司施加决定性影响。比较来看，以下交易可构成集中：两家或两家以上原本独立的公司的兼并；对一家或多家公司控制权的收购；合资企业的成立；另外，对一家或多家企业联合控制权的收购通常也属于集中。购入的控制权可能是由单一个人或单一公司行使的独家控制权，也可能是由两个或两个以上个人或公司共有的整体控制权，在后面这种情况下，每个有控制权的个人或公司都可能对公司的战略决策施加决定性影响，没有任何一方能不经过另一方就做出决策。

(b) 控制权的稳定：集中必然需要具有长久性，因此，有限时间内(通常不超过一年)的独家或联合控制权通常不属于集中，信贷或金融机构临时购入股份用于转售通常也不属于集中。

16. 集中的概念与执行交易的法律形式无关。因此，尽管对公司的收购和出售是最常见的形式，但股东协议或向公司投入资产也可能长久地确定公司或商业单位控制权的变更。

17. 这一领域的控制权概念具有实质性，完全取决于某一个人或企业对另一方施加决定性影响的能力。鉴于少数入股也有可能具备这种能力，必须衡量控制权的多寡，进而衡量集中程度的高低。在这方面，归根结底被视为战略决策的有：商业计划或公司预算的批准、管理层的任命，以及商定的投资政策。

18. 从经济角度而言，兼并既可以是横向的，也可以是纵向的或者聚合的。⁸ 表 1 载列了兼并的法律基础和定义的实例。

表 1

部分国家规范兼并的法律基础和对兼并的定义

阿尔巴尼亚	主要法规是：经修订的 2008 年 4 月 14 日《关于企业家和公司的第 9901 号法》和经修订的 2003 年 7 月 28 日《关于竞争保护的 9121 号法》，以及竞争管理机构发布的指示和法规。
-------	--

⁷ 贸发会议竞争示范法详细描述了各种不同类型的兼并。

⁸ “聚合兼并”一词指经营市场和经营活动完全不同的兼并方之间的兼并。这种兼并通常很少产生竞争关切。

博茨瓦纳	根据 2009 年《竞争法》，广义而言，在兼并或合并中，两家或两家以上的公司的资产和负债会并入单一公司，这家公司可以是原公司的组合，也可以是新成立的公司。若多家实体达成协议，由一方获得对另一方的控制权，即发生兼并。
巴拉圭	根据 2013 年 6 月 21 日《关于保护竞争的 4956/13 号法》，兼并、收购和联合，包括合资企业，凡是达到规定门槛并对国内市场具有一定影响的，均属于兼并法规的规范范围。
菲律宾	根据《第 10667 号法》，在确定某一实体的控制权情况时，若母公司直接或间接通过子公司拥有该实体一半以上的投票权，则委员会默认母公司对该实体拥有控制权，除非存在特殊情况，可以明确证明这种所有权不构成控制权。

B. 兼并管制制度：事前、事后或自愿管制制度

19. 兼并管制政策的主要目的在于避免和防止反竞争的集中，查明最具反竞争性的影响，保持纠正问题的可能性，并高效分配资源。

20. 为了便利竞争管理机构对兼并交易进行评估，有必要针对这种交易建立通报制度。现有的通报制度有许多种；有些是自愿通报，有些是强制通报；有些是(基于前瞻性分析的)事前通报，也有些是事后通报，不过事后通报数量较少。还有些制度是混合式的。通报制度的选择是在设计兼并管制制度的过程中就要决定的问题之一。

21. 大多数国家都对兼并采取了事前管制的管制方式。对反竞争协议和滥用市场权力的行为，只能进行事后调查，而与这些不同的是，竞争管理机构通过对集中进行管制，就有了事前进行评估的机会，从而能事前预防对消费者的损害。⁹ 因此，兼并管制旨在鼓励，更多时候是要求兼并方在完成拟议的兼并之前通知管理机构。

22. 为了提高效率并尽量减少行政费用，几乎所有的竞争法律制度都会规定，经济上具有一定重要意义、可能产生竞争关切的交易必须强制进行通报。但是，对新成立的小型管理机构而言，分析所有的兼并申请极为耗费时间和资源，可能会损害反垄断法的执行工作。因此，许多发展中经济体采取了自愿通报制度，同时让管理机构有权调查潜在的反竞争兼并，并采取补救措施，限制反竞争影响。¹⁰

C. 兼并通报的适用标准：通报门槛

23. 通报门槛应当清楚明了、便于查阅，并基于可客观量化的标准，以便兼并方能够轻易确定是否应对交易进行通报。在这方面，管辖区应明确指明若干要

⁹ “是否采用兼并前通报制度是一个重要的实际问题。阿尔及利亚、阿根廷、巴西和泰国等发展中经济体要求兼并方进行事前通报。通报制度使 NCA[国家竞争管理机构]能够及时对可能长期严重阻碍竞争的市场结构外部变化作出响应，而不是等到发现反竞争兼并后才试图‘收回覆水’”(MS Gal 和 EM Fox, 2014 年，为发展中管辖区草拟竞争法：吸取经验教训，纽约大学法律与经济学工作论文集第 374 号)。

¹⁰ 采取这一模式的国家包括：委内瑞拉玻利瓦尔共和国、智利、哥斯达黎加、科特迪瓦和巴拿马。

素，即适用的衡量工具，例如资产或销售额；适用衡量工具的地域范围，例如全国或全球；以及适用的时间范围。关于资产等其他衡量工具，衡量的时间范围应变更为某具体日期。确定标准时可参考原有的、定期编写的财务报表，例如年度收支报表和年终资产负债表。

24. 对于新成立的小型机构而言，设立适当的门槛是建立管制制度的重要一环，因为门槛决定了管制手段的量化适用范围。门槛决定了需要通报的交易的数量，也决定了所要使用的资源的多寡。至少在一开始，宜设立较高的门槛，以便减少管理机构在开始运作的头几年收到的通报的数量。

25. 为了便利兼并方在多个管辖区以一致的方式收集数据，各管辖区应力求采用统合一致的准则，最好能采取统一的定义。此外，还应指导兼并方在收集所需数据时采取适当的方法(见表 2)。

表 2
部分国家的兼通报门槛

阿尔巴尼亚	对于兼并，凡达到以下任一门槛的，应适用兼管制： (a) 所有参与企业的全球营业额之和超过 70 亿列克(约合 5,000 万欧元)，且至少有一家参与企业的国内营业额超过 2 亿列克(约合 142 万欧元) (b) 所有参与企业的国内营业额之和超过 4 亿列克(约合 280 万欧元)，且至少有一家参与企业的国内营业额超过 2 亿列克(约合 142 万欧元)。
博茨瓦纳	根据《竞争条例》第 20 条，如果参与兼并的企业在博茨瓦纳的年营业额之和超过 1,000 万普拉、在博茨瓦纳的资产之和超过 1,000 万普拉，或者有关企业在兼并之后所供应或占有的某种特定货物或服务将超过博茨瓦纳总量的 20%，则该笔兼并交易应受到管制。
巴拉圭	如果某兼并交易导致兼并在某种产品的国内市场或某指定地域市场中所占有或增长的份额达到或超过 45%；或者所有参与兼并的企业上一财政年度的总营业额之和超过最低月薪的 10 万倍，则这项集中必须向竞争管理机构通报。
菲律宾	根据《共和国第 10667 号法》第 17 条，对于第 16 条所指的兼并或收购协议，如果交易价值超过 10 亿比索，则协议方必须以委员会颁布的条例所规定的形式，向委员会进行通报，通报中应载有上述条例所规定的资料，协议方不得在通报后 30 天内完成协议。

三. 程序设计所要遵循的原则：从速、透明和尊重辩护权

A. 通报的期限和形式

26. 关于兼并方何时须提交正式通报的问题，不同管辖区的规定差异很大。某些管辖区不允许兼并方在缔结最终协议之前提交正式通报；另一些管辖区则规定，兼并方只要具备意向书、原则性协议或公开宣布有意竞标，就可以进行通报；有一些管辖区还要求通报方明文证明自己确有完成所通报交易的诚意，并且这些管辖区并没有发现这种做法产生了大量的投机通报。

27. 管辖区可能要求兼并方提交适当资料，说明其有意进行兼并交易，以此作为提交通报的前提条件。在这种情况下，竞争管理机构应让兼并方有机会事先对拟议交易进行推介和讨论，为正式通报的及时提交和审核提供便利。此外，最终

协议缔结时间的确定标准应清楚了，以便兼并方了解其通报会被接受存档的时间。¹¹

28. 如果管辖区禁止兼并方在竞争管理机构审核交易之前缔结协议，则不应规定通报期限，因为兼并方会有动力在缔结协议后立即进行通报。

29. 为了使竞争管理机构既能完成任务，又不会给兼并方带来不必要的负担，管辖区应采取机制，允许兼并方灵活安排最初提交的通报的内容以及(或)审核初步阶段需要提交的补充资料的内容。不论管辖区使用哪种机制，竞争管理机构在处理似乎不会产生竞争关切的交易时，都应力求不向兼并方索取过多资料。

B. 审核期

30. 兼并审核应在合理时间内完成。然而，由于兼并交易可能引发复杂的法律和经济问题，竞争管理机构需要有足够的时间对其进行妥善的调查和分析。

31. 拖延可能会因在这期间发生的事件和(或)融资安排等其他具有时间敏感性的突发事件而导致交易失败。拖延还可能导致兼并方各自的过渡规划工作和持续经营因劳动力流失和市场不确定性而受到不利影响。此外，拖延还会推迟交易所能产生的效率。要设定合理的审核时长，应考虑到的因素包括：交易的复杂程度和可能的竞争问题、资料是否可用和获取资料的难度，以及兼并方响应索取资料请求的及时程度。

32. 兼并审核制度应包含程序，用于快速审核和批准不产生竞争关切的通报的交易。考虑到通报的大多数交易都不会产生实质性的竞争关切，兼并审核制度的设计应允许这种交易得到快速处理。许多管辖区为了实现这一目的，采用的审核程序设置了经过简化的初审期，没有问题的交易在此期间接受初步审核后就可放行。¹² 在有些兼并审核制度中，初审期被称为第一阶段，较长的审核期被称为第二阶段。其他的管辖区则采用单阶段或多阶段的审核程序，这些审核程序同样允许在简化的审核和(或)等候期后对不产生实质性竞争关切的交易进行快速处理。

33. 如果兼并方提交的材料不完整，竞争管理机构应及时予以告知，以便利兼并方提交补充资料，并避免期限方面的不确定性。

C. 文档的获取

34. 在所有程序中，都应让兼并方和对受审核的兼并有合法利益的第三方享有程序性公平，允许他们表达自己的意见。还应及时将竞争关切告知兼并方，以便他们能对提出的问题作出答复，并在最终执行性决定下达前考虑和提出应对关切的补救办法。

¹¹ 兼并法应确保兼并方享有程序性公平，包括有机会及时获得充分的资料以了解兼并所产生的实质性竞争关切，还要有切实的机会应对这些关切，并有权由独立的审判机构对关于兼并合法性的最终不利执行性决定进行复核。这种复核应在合理时间内完成(经合组织，2005年，理事会关于兼并审核的建议，可查阅 <http://www.oecd.org/daf/competition/oecdrecommendationonmergerreview.htm> (访问日期：2017年4月20日))。

¹² 简化程序被用于分析那些超出法定门槛但对国内市场影响微乎其微的交易。例如，在欧洲联盟制度和许多国家的制度下，这种程序允许对某些兼并进行短期分析。

35. 也应允许第三方在兼并审核程序中发表意见。然而，竞争管理机构应力求推迟与第三方联系，直至拟议的交易公开，前提是推迟不会对审核机构有效开展调查工作或在适用时限内完成审核工作的能力造成不利影响。

36. 在所有情况下，竞争管理机构都应避免不必要地公开披露机密资料，无论是在公开公告、法院上诉，还是在行政诉讼、决定和其他涉及待处理交易的通信中，都应避免泄密。如果竞争管理机构的程序规定，对某些文件应出具公开版本和非公开版本，则兼并方应有机会在公开版本发布前予以审读，以确保该版本不会披露机密资料。

D. 透明

37. 执行兼并管制法时，应在适当保护机密资料的前提下保持最高程度的透明，以促进问责、可预测性和一致性，从而促进适用法律框架和执行机构的信誉和效力。

38. 公开提供的材料应能让人轻易地确定兼并管制法所适用的交易的类型、任何豁免或不受兼并管制法管制的情况以及应进行哪些具体测试或达到什么样的门槛，以便确定兼并方是否应对交易进行通报，或竞争管理机构是否对该交易具有管辖权。

39. 竞争法的设计会因新成立的小型竞争管理机构可能缺乏独立性而受到影响，也会受到贪腐风险的影响。必须尽可能设置清楚明了的决定参数，限制决策者在是否开展调查和如何决定是否违法方面的酌处权，还要详细说明如何对每笔兼并交易适用这些参数，以便第三方能对适用情况进行核验。遵循这一建议可能意味着在某些情况下注重清晰性而牺牲精确性和灵活性。¹³

40. 竞争管理机构可以提高透明度，方法有：发布一般公共准则和关于实质性法律和程序的通知，发布个别的执行性决定和非执行性决定及信息材料，就象征执行政策变更的作为或不作为进行解释的重要决定和声明发布新闻稿，以及发表讲话。这些材料还应张贴在对公众开放的专设网站上，并定期更新，以反映法律、政策和做法的现状。

四. 兼并对竞争的影响的实质性分析

41. 兼并管制分析必须具有前瞻性，并对拟议兼并执行前后的市场状况进行比较，以评估兼并对竞争的潜在影响，这就是反事实分析和(或)预后分析。例如，对市场的反事实分析通常包括以下方面：

(a) 市场的定义(以地域或产品划分的相关市场)

(b) 对兼并前市场结构和集中度的评估(现有企业、市场份额，以及对产品市场和潜在竞争的战略重要性)

¹³ 例如，如贸发会议亚美尼亚竞争政策自愿同行审评(2010年)所述，国内的竞争法规定，罚款金额为违法方营业额的固定百分比，没有任何酌处空间，以此限制贪腐动机。然而，这种刚性规定也会引发相称性原则方面的关切。

(c) 对通报的兼并的可能影响的评估, 包括单边影响和协调影响(即兼并后的实体能够单边行使市场权力的可能性和兼并导致市场参与者协调行事的机会增加的可能性)

(d) 新公司进入市场的可能性以及在新公司进入市场和公司扩张方面是否存在切实障碍。

A. 对竞争影响的核验方式

42. 集中管制制度通常旨在保护市场的竞争结构。过去 15 年来, 许多管辖区已经修改了兼并管制法规, 采用了新的兼并审核法律标准。¹⁴ 这一立法改革浪潮已使国际层面的法律统一程度大大提高, 并显著推动了不同竞争管理机构之间兼并审核和评估方法与工具的趋近。

43. 竞争管理机构通常会使用以下两种测试方法中的一种来评估兼并是否具备反竞争影响, 即支配测试和实质性削弱竞争测试。一些国家则选择从这两种方法中吸取一些要素, 形成混合式测试。这些测试方法的内容是:

(a) 支配测试: 如果某笔兼并会加强兼并公司在市场中的支配地位, 或使其获得支配地位, 则将该笔兼并视为反竞争兼并, 予以禁止执行。支配这一概念在经济学上并没有清楚明了的定义, 凡是市场领头羊在一定程度上不受竞争压力的情况, 都可包括在支配的概念之内。对支配的解释既可以是狭义的, 也可以是广义的。狭义的支配只包括兼并后公司具备支配地位的情况, 而广义的支配则还包括集体支配的情况, 即兼并对市场竞争结构造成影响, 在竞争方之间催生出协调平衡(协调影响)的情况。

(b) 实质性削弱竞争测试: 如果某笔兼并很可能实质性削弱市场竞争, 则将其视为反竞争兼并。这种测试侧重于兼并对市场的影响和对公司间竞争损失的影响, 而不注重市场份额等门槛结构性问题。

(c) 混合式测试: 如果某笔兼并会显著妨碍市场竞争, 特别是会使兼并公司获得或加强支配地位, 则将该笔兼并视为反竞争兼并。举例而言, 巴拉圭和欧洲联盟正在使用这种测试。

44. 绝大多数管辖区都使用实质性削弱竞争测试或混合式测试。放弃支配测试而转为使用实质性削弱竞争测试的经验总体而言是正面的, 在已经更换标准的管辖区, 评估的案件的数量并没有增多, 法律确定性也未受到不利影响。¹⁵

45. 重要的是, 如果不考虑可能用于计算兼并交易对相关市场的影响的经济分析方法的细节, 这种分析表明竞争管理机构的行事方式应确保审核工作在程序上和实质上都公平、高效和一致。然而, 对于发展中国家管辖区的兼并政策而言,

¹⁴ 例如, 巴西、智利和哥斯达黎加等国已于近期修改和加强了本国的管制制度, 而秘鲁正在筹备一个法律项目, 目的是建立兼并管制制度。

¹⁵ 例如, 如贸发会议乌拉圭竞争法和竞争政策自愿同行审评(2016 年)所述, 向新成立的小型管理机构提出的建议之一, 就是改变对集中规则的实质性分析, 以便委员会能在集中可能具有反竞争影响(确立或巩固市场力量)和可能推动协调的情况下进行干预。根据现行规则, 委员会仅在兼并可能产生事实上的垄断时才能采取行动, 而上述规则将取代现行规则。

有一个高度相关的问题，即在兼并分析中需要重视范围大于各具体公司或市场的产业政策或社会经济因素。许多发展中管辖区都在兼并法中设立了一套更为广泛的兼并评估考虑因素。除其他外，这些考虑因素可包括金融问题、对国内龙头企业的保护、产业政策工具、对就业的促进和其他非经济因素。¹⁶ 在发展中管辖区，应将促进长期生产和提升效率活力作为核心目标，哪怕这会在一定程度上损害短期的分配效率。¹⁷

B. 兼并获批准所需采取的补救措施或条件

46. 竞争管理机构会分析兼并对竞争可能产生的影响，并通常有权根据分析结果批准或禁止兼并。如果某笔通报的交易产生了竞争关切，有若干兼并管制制度允许通报方提出补救办法，并重组拟议交易以解决竞争问题。

47. 补救应旨在恢复或维持竞争，从而防止交易原本会导致的竞争损害。补救应充分消除已查明的潜在竞争损害，但也不应把改善兼并之前的竞争状态作为目标。应允许兼并方提出替代解决办法，使交易得到批准，而相关的竞争管理机构应在着手或决定直接禁止交易之前对这些替代解决办法予以考虑。兼并审核程序应提供一种手段，确保竞争管理机构和兼并方有足够的时间对适当的补救办法进行讨论和评估。竞争补救办法可以采取以下两种基本形式：

(a) 结构性补救，这种补救涉及变更市场结构(承诺出售资产)；

(b) 行为性补救，这种补救涉及对已兼并实体未来行为的限制(就某些合同条款作出承诺)。

48. 结构性补救比行为性补救更容易管理，因为它们不需要通过中期监测和长期监测来确保合规。各种规模较小的兼并制度都优先考虑结构性补救。例如，新西兰商业委员会只接受出售资产或股份的结构性承诺，而不接受行为性承诺。斯洛文尼亚的标准虽然没有明文排除行为性补救，但实际上对这种补救也是不予接受的。丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典以及法罗群岛和格陵兰岛等北欧各地的竞争管理机构设立的工作组也表示更青睐结构性补救。

49. 相比之下，也有几个较小的经济体更青睐行为性补救。例如，在拉脱维亚，竞争理事会虽然既接受结构性补救也接受行为性补救，但认为纯粹的行为性补救最为有效，因为它们对兼并方的负担较轻，也更便于理事会管制。同样，爱尔兰的竞争管理机构也表示，如果要在行为性补救和结构性补救之间二者择一，那么前者是首选。行为性补救在奥地利、捷克、希腊和塞尔维亚的兼并管制实践中也发挥了关键作用。¹⁸

¹⁶ 例如，贸发会议印度尼西亚竞争政策自愿同行审评(2009年)中指出了另一个可能需要的因素，即提高历史上处于不利地位的人员的所有权地位。虽然这种公益具有重要意义，但严格来说与竞争并不相关，并且实现这种公益通常需要作出取舍。

¹⁷ 一项研究指出，要想在发展中国家实现最佳程度的竞争，可能需要将竞争与合作相结合，而不是实现最大程度的竞争，这样方能促进长期的经济增长。如果市场复杂度不够，则可能需要政府提供援助，帮助实现合理化和高效生产(A Singh, 1999年，竞争政策、发展和发展中国家，南方中心第7号工作文件)。

¹⁸ K Paas, 2008年，经济规模小对兼并补救的影响，《国际法律评述》，15:94-103。

50. 新成立的小型管辖区需要更大的灵活性。¹⁹ 在对补救作出规定时，可注意以下因素：

(a) 市场具有集中的倾向，并且由于缺乏规模经济，国内需求所能支撑的高效经营的市场参与者数量往往有限

(b) 涉及强制出售财产的补救方法实施起来难度更高

(c) 经济上对跨国供应商的重要性可能有限，供应商可能会离开该国以避免受到竞争管理机构的干预

(d) 竞争管理机构可能缺乏强制执行有效结构性补救所需的地位和权威，特别是在涉及域外补救时。

51. 兼并补救的条件应当明确、详细，既要能向各方提供充分的指导，又要能让竞争管理机构监测补救的实施情况，这样才能切实有效。²⁰ 竞争管理机构应具备调查合规情况的手段，要能检查和复制公司档案和记录或者进行审查，并(或)要求兼并方和(或)受托方就补救办法的实施情况定期或一次性履行报告义务。²¹ 若兼并方不遵守，则竞争管理机构应能直接或通过法院强制执行补救的条件。

五. 新成立的小型竞争管理机构有效、高效和及时开展兼并管制工作所需的体制资源和权力

A. 权力和工具

52. 竞争管理机构应具备有效执行适用的兼并审核法律所需的权力和工具。兼并审核主要在于调查事实。因此，竞争管理机构需要有能力获取与拟议交易的审核工作相关的资料。应向竞争管理机构提供适当的机制，以便其有能力就拟议的兼并采取行动并迫使各兼并方和第三方提供相关资料，例如对不按照正式要求提供文件、证明和其他资料的兼并方和第三方施以制裁。竞争管理机构还应具备足够的独立性，以便以客观的方式执行兼并管制。

¹⁹ 许多发展中管辖区往往因为缺乏体制而具有总集中度高的特点，即一小部分经济实体通过在许多市场上持有资产而控制了较大部分的经济活动。

²⁰ 鉴于兼并管制旨在维护竞争性市场结构，似乎应首选采用结构性补救来补救受审核交易所产生的竞争关切。对兼并方特定领域(通常是业务重合的领域)的业务进行出售，以便防止或减少市场力量的增长，这是竞争管理机构可以使用的最有效的结构性补救形式。

²¹ 行为性补救存在公认的执行困难，但在某些方面，或可认为经济体规模小或能降低监测行为性补救遵守情况的难度。

B. 高效利用现有资源

53. 发展中国家管辖区虽然具有不同的体制特征，但通常存在人力和财力稀缺的共同问题。²²

54. 在确定规则的适用范围时，体制的初始条件应发挥作用。例如，在兼并监管方面，基于事前通报和授权的监管模式较为消耗资源，因为管理机构必须审核所有达到门槛的兼并。这可能对其他执法领域产生溢出效应，因为竞争管理机构所有各类活动的执法资源通常是共用的。因此，可能有必要进行一些修改，以便在现有条件内创建一个更高效的执行制度。²³

55. 对兼并申请收费或许能解决资金问题，前提是所收费用足以冲抵分析兼并申请所需的资源。这种解决办法需要进行深入的成本效益分析，包括研究收费会如何影响公司参与有利于竞争的兼并的动力。无论如何，竞争管理机构都应尽量避免将兼并法律所规定因素之外的其他因素视为开展执法活动的动机。

56. 最后，各管辖区应定期审查兼并管制条款，新成立的小型管理机构尤其应当这样做，以便争取不断改进做法，向公认的最佳做法靠拢。这种审查应涵盖兼并审核程序的所有实质性和程序性方面，包括通报门槛、通报程序和执行做法。审查的频率和性质可取决于审查的具体对象。

六. 结论

57. 兼并管制与反垄断规则都是竞争保护制度的基本支柱。

58. 兼并管制的设计应考虑到一系列基本要素，这些要素应与每个管辖区的实际情况相适应。新成立的小型竞争管理机构如果希望建立兼并管制制度，应认识到自身的局限，从而避免对自身的市场和社会福利产生不利影响。在这方面，应全面分析兼并管制的目标以及实质性和程序性方面，以便管制制度能够有效、高效。

59. 发达国家采用的兼并管制模式具有重要的参考作用，但对发展中国家新成立的小型管理机构而言，这些模式并不能完美适用。为发展中经济体设计的模型也具有一些优势，但宜将之视为参考的对象而非法律基础，这样方能最大地发挥其作用。发展中管辖区可以受益于各现有模式的一些具体组成部分(既包括实质性部分也包括程序性部分)，这样就能不局限于单一的模式，而是从其他发展中管辖区吸取经验教训，制定出适合自己的法律。

²² 体制的缺乏对兼并政策具有特定的影响。如果市场没有为交易体系的良好运作提供必要的基本法律和金融体制，那么企业就更有理由在内部提供这种职能，以克服管辖区的不足。这一符合科斯定理的考虑因素在大多数发达市场并不存在，但对缺乏体制或体制存在严重不足的发展中管辖区而言，在制定兼并政策时应考虑这一因素。但这也并不是最好的解决办法；最好的解决办法是为市场的良好运作创造基础。考虑到兼并具有潜在的负面影响，即便缺乏体制的问题得到解决，也应应对这种因素予以考虑(MS Gal 和 EM Fox, 2014 年)。

²³ 在为新成立的小型管理机构设计制度时，并不总能专门设立一个特定的单位来负责分析兼并和交易。这些机构的律师和经济学家通常人数较少，必须既分析反垄断案件又分析兼并交易。因此，有必要缩小管控措施的适用范围，只关注那些会对集中程度已经很高的市场产生影响的交易。否则，应采取替代方法，以弥补资源短缺的问题。

60. 立法者在为新成立的小型管理机构设计兼并管制制度时，应考虑采用能够保护公益、市场结构和消费者的最佳方式。每个管辖区都具有自己的经济、政治、社会和体制特点，应当根据这些特点来设计兼并管制制度。但是，在注重制度效率的同时也应当尊重法律安全原则和正当程序原则。

61. 贸发会议竞争示范法提供了多种不同的手段和方法，可以在新成立的小型管理机构设计兼并管制制度的过程中提供指导。多年来，贸发会议在发展中世界的多个管辖区进行了技术援助，在帮助建立足够灵活、能够涵盖所涉管辖区特点的模式方面以及在帮助确定这些模式是否足够精简、简单、透明和容易执行方面发挥了有益作用。

62. 竞争法和竞争政策问题政府间专家组第十六届会议的讨论可能会探讨不同管辖区在采用兼并管制方面积累的知识和经验。重要的是分享以下内容：遭遇的任何问题(例如在实施、期限和通报数量方面的问题)、开展这项工作所面临的限制(例如人力和财力受限、缺乏市场知识以及需要开展合作)，以及改进此类制度设计的提议。
