



贸易和发展理事会

贸易和发展委员会

竞争法和竞争政策政府间专家组

第十七届会议

2018年7月11日至13日，日内瓦

临时议程项目3(d)

审查竞争法范本第五章和第六章

竞争法范本(2018年): 第六章修订稿*

* 系对 TD/RBP/CONF.7/L.6 号文件的修订。



竞争法范本(2018年): 第六章

关于对集中市场产生影响的兼并的申报、调查和禁止

一. 申报

在下述情况下,以横向、纵向或联合大企业等形式进行兼并、收购、合资经营或以其他方式取得控制权,包括互兼董事职位等,均应提出申报:

(a) 其中至少有一家企业设在本国;

(b) 由此形成的任何产品或服务的国内市场份额或相当大的一部分市场份额有可能形成市场支配力,尤其在市场集中程度高、存在准入壁垒和其行为正受到审查的公司供应的产品缺乏替代品的行业。

二. 禁止

在下述情况下,以横向、纵向或联合大企业等形式进行兼并、收购、合资经营或以其他方式取得控制权,包括互兼董事职位等做法应予以禁止:

(a) 拟议的交易大幅度提高行使市场支配力的能力(如能使某一公司或采取联合行动的一组公司在相当长的时期内将价格维持在竞争水平之上并获利);

(b) 由此形成的任何产品或服务的国内市场份额或相当大的一部分市场份额致使一家公司占据支配地位,或大幅度减少由极少数公司控制的市场上的竞争。

三. 调查程序

可在有关集中的规章中制订规定,允许对可能有损竞争的以横向、纵向或联合大企业等形式开展兼并、收购、合资经营或以其他方式取得控制权包括互兼董事职位的做法进行调查。

具体而言,任何公司,在以上分节所指情况中,从申报收据签发之日起的(···)天的等待期结束前不得实行兼并,除非竞争管理机构根据下文第7条规定的可能因素,缩短上述期限或经所涉公司同意将该期限再延长不超过(···)天。可授权管理机构要求当事方和受影响的有关市场或商业行业的企业提供文件和证据,当事方如果答复迟缓,将耽误更多时间。

如竞争管理机构或法庭经过全面审理后否定该项交易,收购或兼并只要有可能在管辖区某一商业行业或在管辖区有关市场的较大部分大幅度减少竞争,就会受到阻止甚或取消。

一. 引言

1. 兼并和收购是当今经济活动的一个组成部分。从经济角度来看，对于各类兼并，可根据其动机加以区分。
2. 行业兼并主要出于以下动机：地理扩张；使公司的活动或其产品和服务组合多样化；巩固公司的市场地位；通过规模经济和范围经济提高生产效率，使公司能够以较低的边际成本生产货物，同时以最小有效生产规模运转。这样一来，兼并可使公司能够更好地获取资本，增强研发能力，并使管理技能得到更好的使用。此外，兼并提供了从某个市场退出的途径，不论是由于公司经营不善，还是由于公司希望重组其活动。
3. 另一方面，兼并和收购的进行可能纯粹出于投资目的。具体而言，私营股权基金和投资银行将公司收购，以便在短期内增加股东的收入，并在中期内将公司全部或部分转售以获取利润。
4. 多数兼并不会阻碍市场中的竞争。不过，有些兼并可能改变市场结构，从而引起竞争上的关切。兼并后的实体可能拥有更大的市场支配力，面临有限的竞争，这样它就能够限制产出并抬高价格。兼并管制旨在通过防止以收购或其它结构性联合方式创立有动力并有能力使用市场支配力的企业来处理此种兼并引起的竞争上的关切。
5. 虽然世界各国的竞争制度多数都列有竞争管制条款，但不同辖区在这些条款的内容和执行上不尽相同。竞争法在对兼并处理上的差异主要涉及以下几个方面：
 - (a) 涉及不同类型的兼并的法规和执行政策；
 - (b) 所考虑到的结构因素和行为因素及其相对重要性，包括触发竞争管理机构审查的市场份额和/或营业额门槛，以及在某项安排原则上被禁止之前应达到的反竞争性标准；
 - (c) 对效率增益和非竞争标准的处理；
 - (d) 豁免规定的涵盖范围和结构；
 - (e) 程序性安排，如对达到某种营业额或市场份额标准公司的兼并进行自愿或强制性申报，或事后干预反对兼并的可能性，以及补救办法或惩治办法等。
6. 但是，从总体来看，多数竞争制度之间在处理兼并方面的相似之处要大于差异。近年来，一些国家在竞争法中采用单独的条款处理兼并事宜。而且，作为通过或改革竞争立法总体趋势的一部分，许多国家都已经遵循相同的总体方向，采纳了兼并管制做法或对这些做法作了改革。

二. 第六章的评注

A. 术语

7. 兼并管制法规的一个基本要素，是对应接受竞争管理机构管制的交易进行界定。基本的理念是覆盖符合下述条件的所有交易，即将先前独立的市场行为者变成一个单一行为者，从而改变市场结构，可能对竞争造成损害。但是，为界定应受到兼并管制的交易使用的术语在不同法律辖区之间的差异比较明显。本节概述应予申报的交易的不同定义及这些交易可能对竞争造成的损害。

集中

8. 集中可被用来描述通过兼并和收购活动或其它方式获取对另一家企业的控制权的做法。因此如下所述，“集中”有可能与“兼并”通用。集中也可用来描述一特定市场上行为者的数目。大致说来，市场的集中程度高，表明市场行为者少；而市场集中度低，则表明市场行为者多。“市场集中原理”被广泛作为行业市场支配力的一项指标。广义而言，集中程度较高，加上较高的进入壁垒，被认为有利于形成行业串通或支配地位，并为市场行为者行使市场支配力提供最佳环境。¹

兼并

9. 在公司法中，兼并通常是指以往相互独立的两家或多家公司的合并，这样一来，一家或数家公司丧失身份，形成一个企业。竞争法中“兼并”一词的含义往往要比其在公司法中的含义宽泛，可包括收购或接管，合资经营，甚至其它对控制权的收购，如互兼董事职位(见下文)。

收购或接管

10. 一家公司被另一家公司收购或接管，通常涉及购买这家公司的所有或多数股份，甚至只是少数股份，只要能足以实行控制并施加重大影响即可。在有些国家，如收购另一家公司的大量资产使收购方得以取得卖方的相关市场地位，则此种收购也构成应予申报交易。收购另一公司的一个生产地点或另外一个职能单位，可作为这方面的一个例子。收购可在未经被收购公司同意的情况下进行。这称为恶意收购或接管。

11. 如上所述，就对兼并管制的目的而言，合资经营和互兼董事职位往往被包括在兼并定义中。

合资经营

12. 合资经营是指“两个公司之间达成协议，往往通过设立共同所有和控制的子公司，从事某项共同活动，执行一项对双方都有益的任务，或借助母公司的投

¹ B Espen Eckbo, 1985, Mergers and the market concentration doctrine: Evidence from the capital market, *Journal of Business*, 58:325–349.

入实现协同作用。” 合资经营可以生产“共同需要的投入，制造共同生产的产品，或集中专门知识从事研发活动。”²

13. 联盟是合资经营的一种形式，不同地域市场的公司采用这一形式开展共同活动，使参与者能够相互渗透到各个伙伴的市场。联盟往往是航空业和电信行业所青睐的兼并结构。³

14. 如果一种协作创立了一个新的职能或企业，或更好地履行了原先的职能，那么，它通常可产生有利于竞争的效果。但是，如果合资经营趋于创造或增强市场支配力，包含过于限制性的辅助协议，或非属于为实现希望目标而必须采用的手段(即可采用反竞争性较弱的手段)，就会引起竞争关切。在这种情况下，合资经营可能会损害竞争，甚至可能被用来掩盖诸如固定价格或划分市场等串通行为。⁴ 例如，如果两个母公司与合资经营企业的共同联系导致超出合资经营范围的串通(“外溢效应”)，就会出现这种情况。⁵ 还可能出现削弱实际或潜在竞争以及排斥的情况。根据两家企业融合的不同程度，合资经营安排可按兼并或只是按竞争者之间的一项协定接受审查。

互兼董事职位

15. 互兼董事职位是指一人是两个或两个以上公司的董事会成员，或者是指两个或两个以上公司的代表在一家公司的董事会任职。

16. 在这种情况下，竞争关切是基于以下可能性：互兼董事职位会使在行政管理中，投资和生产方面的决策实际上能致使几家本为竞争对手的企业间在价格、市场分配和其它协同活动方面形成共同的战略。在纵向层面，互兼董事职位会造成例如供应方和客户之间活动的一体化，阻止向竞争性领域的扩展，并导致双方达成互惠安排。

17. 如表六.1 所示，兼并的定义会因一国或一组国家的法律不同而有差异。

表六.1

现行法律的不同方针：兼并的定义

巴西	在巴西，凡达到规定的门槛且对巴西市场具有某种界定效应的兼并、收购和联合(包括合资经营)，均受巴西兼并条例的管辖(2011年11月30日第12.529号法，第90条)。
中国	在中国，“兼并和收购”的定义非常宽泛，强调管制的效果。根据中国《反垄断法》第二十条，这一定义包括经营者合并，或取得股权或资产，或通过合同等方式对其他经营者施加决定性影响。

² E Fox, 2008, *Competition law*, in A Lowenfeld, *International Economic Law*, Second edition (Oxford University Press, London).

³ 同上。

⁴ 同上。

⁵ A Jones and B Sufirin, 2016, *EU [European Union] Competition Law: Text, Cases and Materials*, Sixth edition (Oxford University Press, Oxford and New York).

欧洲联盟	<p>欧盟委员会《兼并条例》^a 管制的集中，包括两家或两家以上先前独立的企业的任何合并，或取得对另一家企业的全部或部分直接或间接控制权，从而使相关企业的结构出现持久改变。</p> <p>这包括达到规定的营业额门槛的所有全功能合资经营企业。全功能合资经营企业包括造成长期结构性市场变化的自主经济实体，不论母公司随之对竞争行为作出任何协调(见《欧盟委员会兼并条例》第3条)。</p>
南非	<p>第89号《竞争法》(1998年)第3章第12条规定了以下定义：涉及一人或多人直接或间接取得或确立对另一家公司的全部或部分经营的控制权的任何交易，不论此种控制权是以合并还是其它方式，通过购买或租赁股权、权益或资产取得。但是，法律并未规定完整的如何实现管制的清单。法律适用于小型、中型和大型兼并，但通常只有中型和大型兼并才需要事先申报和批准。</p>
美利坚合众国	<p>兼并条例涵盖对资产或有表决权的证券的收购行为。此种收购可包括收购多数或少数权益、合资经营、兼并或涉及收购资产或有表决权的证券的任何其它交易(见《哈特——斯科特——罗迪诺反托拉斯改进法》(1976年))。</p>

^a 2004年1月20日关于对企业间集中实行管制的第139/2004号理事会条例(欧洲联盟公报，2004年1月29日第L24/1号)。

18. 从经济角度来看，兼并可分为横向兼并、纵向兼并或联合式兼并。

横向兼并

19. 横向兼并是指在相同的产品和地域市场上以及处在生产或销售链相同层级上的实际或潜在竞争者之间的合并。此种兼并会引起竞争关切，因为它可能导致市场中竞争对手减少，并使市场集中程度上升。此外，横向兼并通常会使得兼并后实体通过联合获取更大的市场份额。

20. 由于两个原因，此种联合可能会引起问题。首先，由于合并后的市场份额增大，市场上的竞争者减少，兼并后形成的公司可能取得市场支配力，使其能够单方面抬高价格并限制产量(单边效应)。其次，由于随之出现的市场集中程度的上升，市场行为者更容易通过相互依赖的行为进行协调和行使联合市场支配力(协调效应)。⁶

21. 横向兼并比其它形式的兼并更能引起严重的竞争关切，这种兼并有可能最直接地导致经济支配力集中，并导致市场支配地位的出现或非法串通。

⁶ R Whish, 2009, *Competition Law*, Sixth edition (Oxford University Press, Oxford).

纵向兼并

22. 纵向兼并是指处在生产和销售链的不同层级的公司进行合并(即供货商和销售商进行合并)。纵向兼并引起的竞争关切一般少于横向兼并,而且,如果协同和增效产生的节省以降低价格的方式转给消费者,纵向兼并甚至可能是有益的。但是,纵向兼并如果导致排斥,就是说,如果兼并后的实体有能力控制生产和销售链,使其能够将现有竞争者逐出市场,或在一个或多个职能层级上设置/增加阻止新的竞争者进入的壁垒,就会引起关切。此外,纵向兼并如能促使价格透明度提高,还可能提高相互竞争的公司进行协调的便利程度。⁷

联合式兼并

23. “联合式兼并”是指参与完全不同的市场和活动的各方的合并。一般来说,联合式兼并几乎不会引起竞争关切,因为此种兼并并不影响或改变特定市场的竞争结构。不过,在有些情形中,联合式兼并可能会赋予兼并后实体市场支配力,从而使它在独立但又相关的市场上排斥竞争者。

申报义务

24. 兼并申报使竞争管理机构能够注意到兼并,而且有助于实行兼并管制。各竞争法制度的兼并申报义务不尽相同(表六.2)。这些差异大致分为三类:

(a) 有些制度规定,须在兼并交易完成之前提出申报(强制性事前申报制度);

(b) 有些制度规定,兼并交易方可在兼并完成后向管理机构作出申报(强制性事后申报制度);

(c) 有些制度规定,申报事宜完全由兼并当事方酌定(自愿制度)。

25. 许多自愿制度鼓励兼并当事方进行非正式询问和申报,以便减少完成反竞争兼并的风险,并使竞争管理机构无须采取耗费资金的干预行动。但是,无论申报规定是自愿还是强制性的,如果潜在的反竞争兼并是在未经管理机构批准的情况下完成的,竞争管理机构通常都有权对相关兼并进行调查,而且往往还可以实施补救,或通过法院寻求补救,以便尽量减少或抵消此种兼并产生的任何反竞争影响。

26. 为确保程序效率,并尽量降低行政费用,几乎所有竞争法制度都将申报义务限于可能会引起竞争关切的具有一定经济重要性的交易。这一目的通过申报门槛得到实现,这些门槛涉及兼并当事方的资产价值和/或营业额、其地理位置以及兼并当事方在相关市场的合并市场份额。只有当拟议的交易达到各自申报门槛时,才会触发申报义务。

⁷ Ibid.

表六.2
现行法律的不同方针：管辖门槛

自愿式兼并管制制度	
澳大利亚	《竞争和消费者法》(2010 年)第 50 条规定，如果直接或间接收购股权或资产会在很大程度上减少澳大利亚一个较大市场上的竞争，公司就不得进行此种收购。虽然申报具有自愿性质，经 2017 年更新后的 2008 年《澳大利亚竞争和消费者委员会兼并准则》规定，凡兼并后当事方的产品或服务为替代品或补充品，而且兼并后公司将占有 20% 以上的市场份额的，兼并当事方就应当提前很长时间向委员会申报兼并交易。
中国香港	《竞争条例》(2012 年)未明确规定任何数字性的申报门槛，但禁止在中国香港大幅度减少竞争的兼并行为(条例附录 7 第 3 条第(1)款)。根据竞争委员会和通讯事务管理局 2015 年 7 月发布的《兼并规则》指南(第 3.13 段)，一般而言，交易当事方兼并后合并市场份额等于或超过 40% 的横向兼并都有可能引发竞争关切。
毛里求斯	<p>当两个或两个以上公司有兼并意向时，其中任何一家公司可请竞争委员会提供指导意见，说明拟议的兼并是否可能导致任何货物或服务市场上的竞争显著减少(2007 年《竞争法》，第 47 条)。在下述情形下委员会将对兼并情况进行审查：</p> <p>(a) 兼并各当事方均供应或购买货物或服务，他们在兼并后供应或购买市场上这些货物或服务的比例总和将达到或超过 30%；</p> <p>(b) 兼并前一个当事方自身供应或购买的货物或服务在市场上的比例达到或超过 30%(2007 年《竞争法》，第 48 条)</p>
大不列颠及北爱尔兰联合王国	爱管辖门槛基于对某些标准的满足：达到营业额检验标准和/或供应份额检验标准。凡是目标公司的营业额在 7,000 万英镑以上的，即符合营业额检验标准，这一规定将涵盖多数重大收购交易)。凡是两个当事方都在某个市场从事经营活动且其在该市场的合并份额在 25% 以上的，即符合供应份额检验标准。
强制式兼并管制制度	
加拿大	<p>2017 年 12 月 12 日进行最后一次修正的《竞争法》(1985 年)确立了不同的门槛：</p> <p>(a) 交易规模门槛：目标公司在加拿大的资产或这些资产在加拿大产生或源于加拿大的收入超过 8,600 万加元；</p> <p>(b) 交易方规模门槛：交易各方包括全体子公司在加拿大的资产或销售收入(包括进出加拿大的销售收入)超过 4 亿加元；</p> <p>(c) 股权规模门槛：凡收购一公共公司 20% 以上有表决权的股份或私营公司 35% 以上有表决权的股份或非公司性实体 35% 以上股份的交易均触发兼并管制。</p>

智利	2016 年 8 月颁布的新竞争法中推出的强制性兼并前申报制度于 2017 年 6 月 1 日起生效。为向交易各方就申报门槛和兼并审查进程提供指导，政府公布了一项条例，详细列出向国家检察官办公室申报集中的资料要求，国家检察官办公室颁布关于竞争、营业额门槛和补救措施的指南。
欧洲联盟	<p>欧盟委员会《兼并条例》规定，关涉共同体的集中必须向竞争管理机构申报。除一种例外情况(即每一当事方在共同体范围内营业总额的三分之二以上是在同一个成员国内实现的)^a 外，是否“关涉共同体”依据以下营业额门槛确定：</p> <p>(a) 所有当事方在全球的总计营业额超过 50 亿欧元；</p> <p>(b) 至少两方的每一方在共同体范围内的营业额超过 2.5 亿欧元。</p>
以色列	根据第 5748-1988 号《限制性贸易做法法》第 17 条，属于公司兼并类的交易在下述情况下需满足额外的门槛检验标准：兼并公司的市场份额超过 50%，兼并在前一个财务年度的销售营业总额超过 1.5 亿新锡克尔(约为 4,200 万美元)或兼并公司中的一家为垄断企业(即市场份额超过 50%)。
南非	一般来说，申报要求仅适用于中型和大型兼并。中型和大型兼并的门槛不同，但每年得到评估。这些门槛涉及兼并当事方的营业额和资产数额。
瑞典	如果所有相关企业上一财务年度的合并总计营业额超过 10 亿瑞典克朗，并且至少有两个相关企业上一财务年度在瑞典的营业额分别都超过 2 亿瑞典克朗，则这种集中应向瑞典竞争管理局申报。值得注意的是，在瑞典兼并管制中适用的门槛仅适用于企业在瑞典的营业额(即本地关联很强)。
美国	<p>《哈特—斯科特—罗迪诺反托拉斯改进法》第 1 条第 18 款(a)项规定，凡符合以下条件的，均须作出申报：</p> <p>(a) “商业”检验标准：收购方或被收购方从事美国的商务活动，或从事任何与美国的商务有关的活动；</p> <p>(b) “交易规模”检验标准：收购后将持有的有表决权的证券或资产的数额达到某个美元门槛(该门槛数额每年调整，2018 年为 8,440 万美元)；</p> <p>(c) “当事方规模”检验标准：^b 当事方规模检验标准仅适用于价值不超过 3.376 亿美元(须每年调整)的交易。如一当事方的全球销售额或资产价值达到或超过 1,690 万美元(该数额每年调整)，而另一当事方全球销售额或资产价值达到或超过 1.688 亿(该数额每年调整)，即符合这一检验标准。</p> <p>兼并不适用该法所载的任何豁免，例如无表决权的证券的收购。</p>

^a 见理事会第 139/2004 号条例(欧共体)，第 1 条。

^b 门槛系 2018 年的数额，经联邦贸易委员会修订。见联邦公报，第 83 期，第 19 号，2018 年 1 月 29 日。

B. 兼并管制分析

27. 同样，在评定兼并的合法性方面，世界各地不同法律辖区之间也存在极大的差异(表六.3)。为评估兼并之后可能出现的结果，往往会适用以下标准中的一项检验标准：

- (a) 某个市场的竞争是否会大大减少？
- (b) 兼并是否会使支配地位得到确立或加强？⁸
- (c) 竞争是否会受到阻碍、扭曲和/或限制？

表六.3

现行法律的不同方针——实质性评估标准

巴西	巴西竞争法含有支配地位和减少或限制竞争的检验标准。2016年，竞争管理机构发布了新的横向兼并准则。这些准则中列入了管理机构在评估横向兼并时考虑的因素，包括组合支配力分析、潜在的竞争、特立独行企业的消除和部分收购等。准则讨论了市场参与和平衡、向竞争对手供应投入、单边效应、同质产品和有区别产品、购买力、消费者福利和协调效应等问题(见 http://en.cade.gov.br/press-releases/cade-publishes-guidelines-on-horizontal-mergers , 2018年5月18日访问)。
中国	《反垄断法》规定，产生或可能产生消除或限制竞争的效果的兼并受到禁止，除非各当事方能够证明，相关集中可改善竞争条件，而且兼并对竞争产生的积极影响大于任何不利影响。商务部还可基于某些公共利益理由批准相关兼并。商务部在评估某项兼并时，通常把以下因素考虑在内： <ul style="list-style-type: none"> (a) 兼并当事方的市场份额和它们控制市场的能力； (b) 相关市场的集中程度； (c) 兼并对市场进入和技术发展可能产生的影响； (d) 兼并对消费者和其它市场行为者可能产生的影响； (e) 兼并对国民经济发展可能产生的影响； (f) 商务部认为适用的影响到竞争的其它因素。
哥斯达黎加	对于目的或效果不在下述之列的兼并，竞争管理局将予以批准： <ul style="list-style-type: none"> (a) 获得或显著提升重大支配力，导致竞争被限制或消除； (b) 为竞争对手之间的串通或明示协调提供便利，或对消费者产生不利结果；

⁸ 消费品价格上升或产量减少通常标志着出现这些结果。

	(c) 减少、损害或阻碍竞争或同等、类似或有重大联系的货物或服务自由参与市场(1994 年第 7472 号法, 2013 年 4 月 5 日修正)。
欧洲联盟	欧盟委员会《兼并条例》规定, 明显阻碍共同市场或很大一部分共同市场的有效竞争(特别是在支配地位得到确立或加强之后)的兼并受到禁止(见第 139/2004 号理事会条例(欧共体)第 2 条)。
印度	评估一项兼并的实质性检验标准是兼并是否对印度相关市场上的竞争造成或可能造成可察觉的不利效果。竞争委员会考虑以下因素: <ul style="list-style-type: none"> (a) 交易造成的市场份额的变化; (b) 进入壁垒; (c) 交易当事方是否存在重叠包括横向或纵向重叠的业务。^a
美国	《克莱顿法》(1914 年)规定, 可能致使竞争受到严重削弱或垄断得到确立的收购受到禁止。反托拉斯机构公布各类兼并准则也规定, 确立或加强市场支配力或便利行使市场支配力的兼并受到禁止。一项兼并如果有可能因为消除了竞争限制因素或动力因素, 从而鼓励一家或多家公司抬高价格、降低产量、减少创新或以另外方式损害消费者, 就加强了市场支配力(司法部和联邦贸易委员会, 2010 年, 横向兼并准则, 8 月 19 日)
赞比亚	委员会在对拟议的兼并给予许可前根据三个实质性标准进行检查: <ul style="list-style-type: none"> (a) 市场评估检验标准, 以确定相关市场上的拟议兼并可能的贸易效应及整体经济效应; (b) 竞争评估标准, 以评估兼并是否可能消除或大量减少赞比亚某个市场上的竞争。委员会分析在一个界定的市场上影响竞争的可能和现实因素, 包括: <ul style="list-style-type: none"> (一) 相关市场上参与者的集中程度; (二) 进入壁垒; (三) 相关市场上的进口水平; (四) 相关市场在多大程度上存在对抗性的买方或供应商力量; (五) 相关市场上是否存在替代产品; (六) 兼并有多大可能消除市场上现有的切实而活跃的竞争对手; (七) 市场动态特征, 如增长、创新、定价和其他市场内在特征;

(八) 支配地位受到滥用的风险；

(c) 公共利益评估检验标准，以确定拟议的兼并是否符合公共利益。

(《竞争和消费者保护法》(2010年)，第四部分，兼并)

^a 国际比较法指导，2017年，Merger control 2018/India, available at <https://iclg.com/practice-areas/merger-control-laws-and-regulations/india>(2018年5月18日访问)。

28. 兼并管制分析必然是前瞻性的，需要比较拟议的兼并前后的市场状况，以便评估对竞争的潜在影响(反事实或预测分析)。⁹ 对市场的反事实分析一般包含以下因素：¹⁰

(a) 市场定义：何为地域或产品意义上的相关市场？

(b) 评估兼并前市场结构和集中：现有哪些公司？它们在产品市场的份额以及对于产品市场的战略重要性如何？哪些公司可能会在今后进行竞争？

(c) 评估所申报的兼并的可能影响，包括单方面效应和协调效应：兼并后实体将有实力单方面行使市场支配力的可能性，以及兼并将提供更多机会从而使市场行为者据以协调行为的可能性；

(d) 新进入的可能性以及存在阻碍新进入和扩张的实际壁垒的可能性。

29. 兼并当事方往往需反驳所提出的竞争会受到损害的看法，并且还需证明，与现状相比兼并不会对竞争造成不利影响。在证据要求方面须做到妥为兼顾。竞争管理机构必须一方面确保相关标准订得不过于严格，以至于有益的兼并被放弃；另一方面又确保证据标准订得不会过低，以至于一些有害的兼并获得批准。

30. 除了上述一般性主题外，有些辖区还将其它公共利益考虑纳入兼并管制分析。此种考虑主要包括：金融稳定，本国龙头企业保护，产业政策，就业促进，中小企业生存，以及提高历史上处于不利地位的人的所有权地位等。尽管这些公共利益有许多都很重要，但它们并不确实与竞争有关，而且通常涉及某种平衡做法(例如，取得的结果并非最为高效率的结果)。

31. 本国龙头企业的形成便是此种平衡做法的一个有意思的例子。一些市场狭小的国家也许希望把国内公司的兼并向本国龙头企业的方向引导，从而在国内形成一种垄断地位。这样做的依据是：这或许会使国家龙头企业在国际市场上更有竞争力。然而，在缺乏监管控制的情况下，这类龙头企业很可能在国内牟取垄断租金。再者，没有了国内市场的竞争约束，它们也可能无法在国际市场变得更具竞争力，最终受害的将是国内消费者，而且整个经济发展也会因此而受害。此外，就小型经济体而言，在国内市场占据支配地位不可能形成在国际上具有竞争力所需的规模经济。另一方面，如果本地市场对来自进口的竞争或外国直接投资开放，则世界市场有可能成为兼并管制适用的检验标准，而且唯一一家国内供应

⁹ Whish, 2009.

¹⁰ International Network Competition, 2006, Merger Guidelines Workbook.

商可能会获准进行兼并。因此，竞争管理机构需要权衡国际竞争力和国内市场可能遭受的损害这两方面考虑。

32. 确定无疑的是，竞争管理机构和政府有必要进行透彻的思考，以决定是否应当在竞争政策中采纳公共利益考虑，或者可否通过其它更为有效的手段更好地实现公共利益。¹¹

C. 补救办法

33. 竞争管理机构通常有权根据其可能对竞争可能受到的影响的分析，批准或禁止一项兼并。此外，在所申报交易引起竞争关切的情况下，依据有些兼并管制制度，申报方可提出补救办法，据以适当调整拟议的交易，以便解决竞争问题。然后，竞争管理机构须对经修改的交易进行评估。另一些辖区授权竞争管理机构对申报方规定相应的补救办法(表六.4)。

34. 兼并管制旨在维持竞争性市场结构，因此，结构补救办法似乎是纠正所审查交易引起的竞争关切的首选办法。对兼并当事方的某些经营活动(通常为重叠领域)进行剥离，以便防止或限制市场支配力的增强是竞争管理机构可采用的最为有效的结构补救办法。

35. 结构补救办法更容易在强制性事先申报或申报前制度中得到采用，原因是可要求兼并当事方在兼并完成之前作出结构上的改变。虽然许多管理机构有权在反竞争性兼并完成之后撤消这种兼并，但这显然是一种更具破坏性且较为耗时的做法。

36. 许多竞争管理机构还可采用行为补救办法，即兼并当事方同意在兼并完成之后采取某些行动(如向竞争者提供特许等)，以处理竞争关切。在兼并案件中，由于在监测和跟踪落实方面存在困难，因此，行为补救办法一般没有结构补救办法那样有效。

表六.4

现行法律的不同方针——补救办法

巴西	巴西竞争管理局拥有广泛的补救权力，并明确获准采用任何可用的措施，以解决某项兼并对竞争造成的任何损害。这包括要求兼并后实体解散或分离(见 2011 年 11 月 30 日第 12.529 号巴西反托拉斯法第 61 条)。
中国	《反垄断法》规定，商务部有权阻止兼并在批准兼并前规定补救办法。商务部还可对兼并当事方实行多种法律制裁措施，以处理不遵守情况，并且可规定结构补救办法、行为补救办法或将这两种补救办法结合使用。
欧洲联盟	如未能遵守在委员会审查之前暂停实施兼并的要求，或完成一项已被委员会禁止的兼并，则委员会有权对相关公司处以最高为其全球年营业额总额 10% 的罚款。委员会还可处以最高为全球日平均营业额 5% 的定期罚款，直至不法行为终止为止。另

¹¹ Whish, 2009.

	外, 在某些情形下(如兼并当事方提供误导或不正确信息), 可处以最高为全球营业额总额 1%的罚款。如一项反竞争兼并已经完成, 委员会可要求全部撤消该项兼并, 并且还可规定在有关市场恢复有效竞争所需的临时措施或其它行动。(见第 139/2004 号理事会条例(欧共体)第 8 条。)
肯尼亚	根据第 12 号《竞争法》(2010 年), 任何个人不遵守第四部分的申报和批准规定的行为系违法行为, 经判定成立后应处以最长五年的监禁, 或最高 1000 万肯尼亚先令的罚款或两者并处。管理机构可规定最多相当于有关(各)企业前一年在肯尼亚的全年总营业额 10%的罚款。如法律第 42 条所述, 未经管理机构批准而实施的兼并不具备法律效力。
俄罗斯联邦	2016 年修订后的《联邦保护竞争法》(2006 年)第 34 条第(1)款规定, 属于《反垄断法》第 27 条范畴下且未经反垄断机构初步同意即实施的兼并或收购须“根据反垄断机构的要求, 依法进行清理或通过分割或剥离的方式进行重组”。 该法第 34 条第(2)款规定, 对于第 28 条和第 29 条所述交易, 如未经反垄断机构初步同意即已实施, 如果这些交易或其他行动导致或可能导致竞争受到限制, 则应根据反垄断机构的主张, 在法律上视其无效。
美国	竞争管理机构可请求联邦法院发布禁制令, 禁止完成某项拟议的兼并。联邦贸易委员会还可提起行政诉讼, 以确定某项兼并的合法性。凡未能遵守《哈特—斯科特—罗迪诺反托拉斯改善法》的申报规定的, 违法期间每天可处最高 10,000 美元的罚款。结构补救办法普遍得到使用, 尤其是采用同意令的方式, 要求兼并当事方剥离某几部分现有资产或在交易完成后将收购的一部分资产剥离出去。管理机构也可采用行为补救办法, 但在兼并案件中并不常使用。

D. 控制权的跨境收购

37. “外国对外国”的兼并可能对本地市场产生影响, 因此, 许多竞争法制度还将这种兼并置于本地竞争管理机构的管制之下。外国对外国的兼并, 是指涉及在其他国家注册, 但通过本地子公司或跨境直接销售而在本地市场创造营业额的公司的兼并、接管或其它形式的控制权的获取。

38. 竞争管理机构应当意识到在国际环境下可能出现的两个问题。首先, 由于评估标准不一, 或由于不同的市场条件可导致不同的结果, 即便采用相同的实质性检验标准, 不同辖区也可能对同一交易作出不同的评估决定。其次, 对同一交易适用不同的兼并前申报和审批规定, 会给申报当事方带来高昂的交易费。¹² 国际合作可消除其中的一些关切。

¹² Fox, 2008.

E. 执行工作的近期趋势

39. 阿根廷议会于 2017 年 11 月批准了竞争法改革。法案可在参议院批准后生效，参议院订于 2018 年 3 月审议这部法案。由于新竞争法转而采取了中止制度，兼并当事方将无法在批准前完成一项交易。法案还对交易审查的期限进行了修订，新的规定为 45 天，如交易需要详细审查，可再延长 120 天。¹³

40. 在沙特阿拉伯，理事会更积极地开展兼并管制，报批的交易数量明显增加。在执行行动方面，理事会于 2014 年 7 月发布了第一份禁止决定，也在调查一项可能的未申报行为。迄今为止，查询仅限于涉及沙特实体的交易。目前沙特阿拉伯拥有中东最突出的新的反竞争法律制度。竞争理事会的直接执行行动也使竞争诉讼数目有所增长，因为被告一般都会对理事会规定的罚款提出上诉。随着法官越来越熟悉相对较新的竞争法概念，这可能会对司法机关产生某些挑战。由于这一制度还在继续发展，包括科威特、阿曼和阿拉伯联合酋长国在内的其他一些邻国也可能在发展自身的竞争法合规和执行制度时借鉴沙特的经验。¹⁴

41. 在阿拉伯联合酋长国，竞争法仍处于非常早期的阶段，目前还没有任何执法案件。法律最初是 2013 年 2 月公布的，详细规定该法范围和适用的条例则于 2014 年 10 月发布。这些条例澄清了若干重要的程序性问题。但是，法律中还存在若干空白，需通过进一步的内阁决议另行规定，特别是有关适用的申报门槛规定。在阿拉伯联合酋长国从事交易并且交易可能形成重大市场份额的公司多大程度上要求作出申报，或者事实上第三方投诉能否触发交易审查(已经正式规定了相关程序)，此点尚不清楚。需要澄清的另一个问题是被收购企业对交易立项的责任。¹⁵

42. 中国对跨国公司之间的交易进行的兼并审查越来越多。2012 年一个令人瞩目的外国对外国兼并案例是谷歌—摩托罗拉移动案。商务部规定了行为条件，以确保谷歌将继续在免费和开放源的基础上提供安卓平台，并将继续遵守摩托罗拉移动在电信部门重要的标准必要专利组合方面公平、合理和非歧视提供许可的条件。另一个引人注目的兼并案件表明中国日益多地介入跨国公司兼并，即联合技术公司—古德里奇公司兼并案。在该案中，商务部在美国和欧洲联盟的对口部门结束兼并审议之前即规定了结构补救办法。这表明，商务部在对外国对外国兼并规定补救办法方面正在采取越来越积极主动的立场。2014 年，商务部对一些外国对外国交易规定了补救办法，包括赛默飞世尔—生命技术案、微软—诺基亚案和默克—阿斯利康案以及科力远、丰田中国、Primearth EV Energy 株式会社、新中源和丰田通商的一项合资经营企业。2015 年 10 月 19 日，商务部有条件地批准诺基亚收购阿尔卡特朗讯公司。商务部有史以来第一次就界定诚意或善意被许可人以及标准必要专利的专利权人可以或不得针对善意被许可人寻求禁制令的问题提出了指导意见。决定突出表明，商务部有能力处理此类专利许可和反托拉斯

¹³ J Davies, ed., 2017, Merger Control 2017: Getting the Deal Through (Law Business Research, London).

¹⁴ 同上。

¹⁵ 同上。

方面的一些棘手问题，也反映出确保中国技术公司能够获取标准必要专利的意愿。¹⁶

43. 在美国，联邦贸易委员会近期使用基于国家消费者的市场定义在两起案件中胜诉。在西斯科公司和美国食品公司兼并案中，委员会于 2015 年 2 月提起诉讼，称如果批准提议的兼并，本国的餐饮服务业客户，包括餐馆、医院、旅馆和学校在内，都可能面临比不兼并情况下更高的价格和更低水平的服务。关于提议的将美国食品公司的 11 家销售中心出售给性能食品集团一案，委员会表示，所提议的补救办法既不能使性能食品集团作为一个竞争对手取代美国食品公司，也不能弥补兼并对竞争造成的重大损害。法院驳回支持所提议的补救办法的观点，允许委员会按其要求下达初步禁制令。当事方于 2015 年 6 月 29 日放弃了这起兼并。¹⁷

44. 欧盟委员会发布了根据第 139/2004 号理事会条例(欧共体)处理某些集中的简化程序的委员会通知(2013/C 366/04)。通知规定了委员会拟处理某些不引起竞争关切的集中的一个简化程序。欧洲联盟的申报数大量增加，第二阶段诉讼数目也大量增加。2016 年，委员会阻止了长江和记实业公司将自身在英国的手机业务与 O2 公司手机业务合并的计划。在此禁令发布不到一年前，TeliaSonera 公司和挪威电信公司由于预计会被禁止，已经放弃了将各自在丹麦的业务合并的计划。其他被放弃的影响较大的兼并包括 2015 年 12 月提出的 Mondi 和 Walki 兼并案以及 2016 年 5 月提出的哈里伯顿公司与贝克休斯公司兼并案。¹⁸

45. 兼并审查中的一项创新是竞争管理机构近来采取审查兼并对创新的竞争影响的方针。2017 年 3 月，欧盟委员会在对兼并进行深入审查后有条件地批准了陶氏与杜邦公司的兼并，这些条件中包括剥离杜邦全球杀虫剂业务的主要方面，包括其全球研发组织。委员会关注的是，交易可能对创新产生显著影响，因为交易消除了当事方继续目前并行的创新工作的动力，而两个当事方在一些重要的除草剂、杀虫剂和杀菌剂创新领域正在进行你追我赶的竞争。另一个关切是，消除了当事方开发新杀虫剂并推向市场的动力可能产生的影响。在这方面，委员会发现，有证据表明，兼并后的实体进行创新的动力和能力均小于两家公司各自独立经营时的情况。在这次调查中，委员会还发现，有证据表明，兼并后的实体会削减开发创新产品的开支。兼并之后形成的公司在这个进入壁垒很高的行业中只有三个全球性的综合行为方作为竞争对手。为解决这些关切，当事方作出一系列承诺，得到委员会的接受。¹⁹

46. 近年来，高技术市场上的集中也有大幅度增长，涉及以下公司：谷歌和 DoubleClick，微软和雅虎，微软和 Skype，脸书和 WhatsApp，以及微软和领英。欧盟委员会批准了微软和 Skype 的兼并案，尽管交易后两家在消费者电信市场上

¹⁶ 同上。

¹⁷ 同上。

¹⁸ [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1214\(02\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013XC1214(02)&from=EN) (2018 年 5 月 16 日访问)。

¹⁹ European Commission, 2017, Mergers: Commission clears merger between Dow and DuPont, subject to conditions, 27 March, available at http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-772_en.htm (2018 年 5 月 16 日访问)。

的合并市场份额接近 90%。这一决定主要是基于下述因素作出的：电信部门的动态和迅速增长性、进入壁垒低、不存在网络效应、市场上开展业务的运营商数量包括谷歌和脸书。普通法院在第 T-79/12 号“思科系统公司和 Messagenet SpA 诉委员会”一案的里程碑式判决²⁰中维持了上述决定。委员会的决定与澳大利亚、巴西、俄罗斯联邦、塞尔维亚、美国和中国台湾省的竞争管理机构的决定一致。2016 年，欧盟委员会在附加某些条件的前提下批准了微软与领英的兼并，而与此相反，巴西、加拿大、南非和美国均无条件地予以批准。具体说来，欧盟委员会注意到市场排斥的风险。委员会在决定中考虑了从横向、纵向和联合经营角度合并数据可能产生的结果。委员会同时进一步澄清了委员会如何对通常所说的大数据问题进行评估，即兼并案中共同所有的较大系列数据的集合。²¹

47. 美国在评估技术市场上的兼并案对于竞争的影响时还遇到某些挑战。首先，无法使用传统办法来界定竞争受到制约的相关市场，因为市场或者不存在，或者当事方中的一个还没有进行竞争。其次，鉴于创新竞争的特点，可能很难了解何时是鼓励创新的最佳时机，不管是集合研发资源，还是彼此分开的竞争对手保持独立使之寻求你追我赶的解决办法。联邦贸易委员会在尼尔森控股公司收购 Arbitron 公司案中处理了这些问题。委员会的立场是，交易可能消除今后在提供自然联合跨平台观众测量服务方面的竞争，使尼尔森公司能够在自然联合跨平台观众测量服务市场上单方面行使市场支配力，造成此类服务价格被抬高。²² 尽管这一损害理论涉及未来的市场，但委员会注意到，有证据表明，必须有补救办法来“处理收购会造成的可能的竞争损害”。²³ 委员会为支持其决定，还援引了 2010 年“横向兼并准则”，其中指出，机构将考虑，如果不进行兼并的话，进行兼并的各公司是否已经或今后有可能成为“重大的不分上下的竞争对手”。²⁴ 基于委员会的立场，当事方同意向第三方提供 Arbitron 公司跨界平台观众免费使用许可，以支持新的进入。

48. 处理有关创新竞争和未来高科技市场上竞争的关切一直是竞争管理机构的一项挑战。为解决此类关切而找出适当的补救办法在有些案件中对于兼并当事方而言甚至是不可能的。“应用材料公司收购东京威力科创”就是一个例子。在本案中，司法部认为，两家公司是所研发产品未来市场上的两个主要竞争对手。司法部拒绝了他们提议的补救办法，理由是提议的剥离方案不足以解决创新关切，此后当事方放弃了兼并。最后，“微软/雅虎”和“美国诉美国运通公司”两案

²⁰ General Court of the European Union, 2013, Microsoft's acquisition of Skype is compatible with the internal market, 11 December, available at http://europa.eu/rapid/press-release_CJE-13-156_en.htm (2018 年 5 月 16 日访问)。

²¹ European Commission, 2017, Competition Merger Brief, Issue 1/2017, available at <http://ec.europa.eu/competition/publications/cmb/2017/kdal17001enn.pdf> (2018 年 5 月 17 日访问)。

²² Federal Trade Commission and Department of Justice, 2013, Hart-Scott-Rodino Annual Report: Fiscal Year 2013.

²³ Federal Trade Commission, 2013, Statement of the Federal Trade Commission: In the Matter of Nielsen Holdings N.V. and Arbitron Inc, available at https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/297661/140228nielsenholdingstatement.pdf (2018 年 5 月 23 日访问)。

²⁴ 同上。

揭示，在分析兼并在这些市场上的效应时有必要考虑高科技多方市场的特殊性，这些市场上存在着诸如亚马逊、脸书、谷歌和优步等行为方。²⁵

²⁵ CS Hataway and MS Wise, 2016, US [United States] merger control in the high-technology sector, in I Knable Gotts, ed., *The Merger Control Review* (Law Business Research, London).