

# 欧美国家对企业并购的反垄断规制及对我国的启示

李淑霞, 刘云

(北京理工大学 管理与经济学院, 北京 100081)

**摘要:** 随着中国经济的发展和投资环境的改善, 跨国公司凭借其资金、技术、品牌等优势, 通过跨国并购手段进入中国市场, 引发了各界对外资并购是否形成垄断趋势的争论以及如何对其进行反垄断规制的思考。欧美国家对企业并购的反垄断规制, 特别是在相关市场的界定和垄断判定标准方面的立法和实践, 对我国有一定的借鉴价值。现结合我国并购案例及相关法律法规, 提出健全我国企业并购中有关反垄断规制的若干对策。

**关键词:** 并购; 反垄断; 相关市场; 垄断判定标准

中图分类号: F271

文献标识码: A

文章编号: 1009-3370(2007)05-0094-04

## 一、引言

中国投资环境的日益改善以及中国经济的持续增长, 为世界各国提供了更多投资机会和更广阔的市场。跨国公司凭借资金、技术、品牌、管理、规模等方面的优势, 通过并购等手段, 迅速进入中国市场, 扩大市场份额, 争夺市场利润。

近年来外资并购国内企业的事件不断增多, 徐工集团并购案、洛阳轴承并购案、法国 SEB 收购苏泊尔等案例引发了各界的强烈反应。2006年8月8日商务部等六部委共同发布的《关于外国投资者并购境内企业的规定》(以下简称《规定》)对并购的反垄断审查也做出相关规定。该规定出台后的首例反垄断审查——苏泊尔案中, 六家企业和苏泊尔提供了不同的市场份额数据, 对是否触及规定底线的判断结果也各执一词。

如何界定反垄断案件中涉及的相关市场, 如何选择企业并购中反垄断的判定标准, 有效地处理好企业并购中的反垄断问题, 营造良好的市场竞争环境, 对改进和完善我国的反垄断立法及相关法律法规提出了紧迫的要求。

## 二、欧美国家反垄断法中对相关市场的界定

微观经济学中的市场指从事某一种商品买卖的有形或无形的交易场所。在反垄断法中的市场强调的是相关市场(Relevant Market), 是通过确定企业之间是否存在竞争约束来界定的。

### 1. 相关市场的定义

相关市场是美国反托拉斯法的判例法发展起来

的理论。

美国最高法院在1962年“布朗鞋”一案中首次界定了相关产品市场, 法院认为: “一个产品的相关市场范围取决于对合理的可交换性的使用, 或者对产品的本身和其替代品之间的交叉弹性的需求。”<sup>[1]</sup>根据《欧共体竞争法中界定相关市场的通告》中, 相关产品市场是指“消费者依照产品特征、价格和用途, 认为可以相互交换或者相互替代的所有产品和(或者)服务”,<sup>[2]</sup>强调了产品间的互换性和替代性。相关地理市场指“发生产品(服务)的供给和需求的区域, 该区域内的竞争条件充分同质”。

在对相关市场的定义方面, 目前我国的反垄断法草案和涉及外资并购的《规定》中并没有一个清晰明确的界定。反垄断法草案第四条也仅指出“本法所称相关市场, 是指经营者在一定时期内就相关商品或者服务进行竞争的范围或者区域。”由于界定的不明确, 在具体实践中, 容易产生歧义, 给执法部门太多的自由裁量权, 将给后续的市场份额和集中度的计算和实体分析带来一定的困难。

### 2. 相关市场的界定方法

目前, 反垄断法中对相关市场的界定方法主要有产品功能界定法、SSNIP界定法、临界损失分析法。

产品功能界定法主要是依据产品功能上的互换性或用途上的合理可替代性进行界定, 可以以产品的品质、用途、价格等因素作为判定标准。如果被判断的几种产品在价格、品质和用途上基本一致, 则应归属于同一市场。在实际审理案件中, 这种可替代的标准和最终的判断应该由审理机构根据案件的实际

收稿日期: 2007-04-03

基金项目: 国家自然科学基金项目(70473005)

作者简介: 李淑霞(1981—), 女, 硕士研究生, 研究方向为企业并购、反垄断, E-mail: lishuxia@bit.edu.cn

情况和产品的特殊性进行判断。

欧洲法院 1978 年关于联合商标公司 (United Brands) 一案的判决是关于认定产品市场的经典判例。联合商标公司在欧盟香蕉市场中占 40% 的市场份额, 但该公司认为应该在水果市场中来确认其市场份额, 因为香蕉和其它水果之间是可替代的, 因而其在社会市场中的份额是微不足道的。法院分析后认为, 从香蕉的特性出发, 如一年内在一定季节成熟, 能够长期满足某些人的需求, 在上市高峰时期, 也仅在有限程度上受其他新鲜水果的影响, 且只与其他水果在难以察觉的方式下竞争, 而且由于老人、小孩对香蕉质软的特殊需求, 从而判定香蕉就是一个独立的产品市场。

为了能够科学和规范化地进行需求交叉弹性的分析, 美国在 1982 年颁布的《并购指南》中提出了 SSNIP 界定法, 即界定相关市场时, 应考虑一个数额不大但很重要且非临时性的涨价 (Small but Significant Not-transitory Increase in Price, SSNIP), 也称为“假定的垄断者测试”(the hypothetical monopolist test)<sup>[3]</sup>。欧共体委员会 1997 年 12 月发布的《欧共体竞争法中界定相关市场的通告》中也采用了 SSNIP 标准。

SSNIP 测试是从合并后的企业的一个假定的最狭小的合理的一种(组)产品或地理区域出发, 假定在这个区域出售的这些商品整个处于垄断之下, 并且假定的垄断者以 5%~10% 提高产品的价格, 逐步分析在价格发生小幅、显著和非短期性变化情况下企业盈利的变化情况。如果价格上涨后有足够多的消费者转向其他产品(地理)市场, 使企业无利可图, 就把最相近的替代品(或地理区域)加入假定的垄断群体, SSNIP 测试继续进行, 直到出现某一产品(地理)市场使企业可以通过涨价实现盈利。SSNIP 标准也被称为认定需求的可替代性的“5%标准”。美国司法部在其《合并指南》中提出的这一数额不大但持续性涨价的幅度虽然是 5%, 但该指南指出, 随着不同行业的不同性质, 这个涨价幅度可以适当调整。

临界损失分析法 (the critical loss analysis) 是 20 世纪 90 年代以来美国反托拉斯法市场界定的新发展。临界损失分析法通过计算使涨价失败所必需的销售额或产出的减少额, 再将此数值与实际涨价后可能发生的销售额或产出的减少额进行对比, 来确定替代产品(地理)市场是否属于同一市场。临界损失分析法计算公式<sup>[4]</sup>如下

$$LS = T / (T + M) \times 100\%$$

$M = (\text{最初价格和平均可变成本的差额}) / \text{最初价格}$   
其中, LS 指临界损失; T 指假定的价格涨幅; M 指边

际贡献率。

1986 年的西方石油公司案中, 联邦贸易委员会将地理市场界定为美国全境, 案中经计算的均乙烯氯化脂和散乙烯氯化脂的临界损失分别为 15% 和 10%。后续的分析表明, 价格上涨 5% 的情况下欧洲的厂商会以比临界损失更大的规模进入美国市场, 故法院支持合并方主张将地理市场界定为美国和欧洲的主张<sup>[5]</sup>。

目前, 我国的法律法规中没有确切的界定特定市场或相关市场的标准和方法。以 SEB 收购苏泊尔案为例, 爱仕达等 6 家炊具企业自发组成的反对并购联盟, 认为苏泊尔市场占有率已达 47.04%, 指出此并购案触及《关于外国投资者并购境内企业的规定》底线, 要求进行反垄断审查。苏泊尔方面认为在国内炊具行业中市场规模约在 80~100 亿元之间, 苏泊尔炊具在国内市场占有率为 10% 左右<sup>[6]</sup>。相关市场界定标准的不明晰, 造成双方提供的市场份额数据不同, 由此可见, 对我国如何明细具体界定方法, 提出了紧迫要求。

### 三、企业并购反垄断规制的实体判定标准

由于各国的国情不同以及经济发展的多样化, 对企业并购是否达到垄断的认定没有确定的唯一的标准。各国政府一般考虑多种因素进行反垄断审查。

1. 垄断审查标准的相关理论——哈佛学派和芝加哥学派

从理论基础上来看, 垄断的判断标准主要分为哈佛学派和芝加哥学派。结构标准(哈佛学派)关注的重点是市场结构, 即具体到并购个案就是要求审查市场集中度和参与并购企业的市场份额以后, 决定是否对其加以干预。效益标准(芝加哥学派)认为对企业并购的分析重点应以经济效益作为评估是否要进行干预的依据。另外, 政府还可能结合社会效应、就业容量、产业成长等标准对垄断做出评判以及是否进行干预。

2. 主要国家具体实践中的垄断判定标准

从具体实践上看, 许多国家进行反垄断审查时, 以并购是否导致在特定市场实质性的排除或限制竞争作为实质标准。市场份额和市场集中度是主要的审查指标, 并综合考虑其他相关因素进行分析判断。

美国在 20 世纪 60 年代以前, 主要采用市场份额作为衡量市场集中水平的唯一标准, 20 世纪 70 年代期间, 法院和反托拉斯机构倾向于采用 CR4 指标 (four-firm concentration ratio)。1968 年《合并指南》中规定 CR4 大于 75% 的市场属于高度集中的市

场。20 世纪 80 年代以后,HHI 指数<sup>[7]</sup>(赫芬达尔-赫芬曼指数,Herfindahl-Hirschman index)作为一个反映包括市场份额、市场竞争者数量的综合指标,被欧盟、美国等国家采用,但在具体应用中略有不同如表 1 所示。

赫芬达尔-赫施曼指数为

$$HHI=\sum_{i=1}^n S_i^2$$

上式体现出 HHI 指数,就是该行业中所有企业的市场占有率的平方和。

表 1 1984 年联邦反托拉斯机构公布的 HHI 指导线

HHI 指数	判定的集中程度	相关政策
HHI<1 000	非集中	任何计划的并购都不被拒绝
1 000<HHI<1 800	中等集中	拒绝任何使指数增加 100 个点以上的并购
HHI>1 800	集中	拒绝任何使指数增加 50 个点以上的并购

在欧盟,市场份额也是主要的衡量市场集中度的指标。计算标准可以参考市场销售额、企业的资产规模、附加值或员工人数等因素。市场份额关系到企业控制市场和价格的能力,市场份额越大,达到垄断效应,并滥用市场支配地位的可能性就越大。欧盟《横向并购评估指南》规定,市场份额小于 25%,原则上通过审查;25% -50%之间的,须对规定的其他相关因素进一步分析;市场份额大于 50%的,有排除和限制竞争之嫌。

企业合并在整合社会资源和提高经济效率方面有着积极作用,因此,欧美国家开始采取有效的规范性的资产剥离方式作为反托拉斯救济方式。在具体的资产剥离实施方面,各国仍坚持维护有效市场竞争和促进企业合并有效兼容为前提。

同时,一些例外条款和宽松政策,也被考虑在并购规制因素之内。1992 年美国修改《1992 年横向合并指南》,把潜在的反竞争效果、市场进入的难度、并购可能带来的效益、买方市场力和破产也作为判断垄断性并购的标准。德国《反对限制竞争法》第 42 条第 1 款规定,如果并购对整体经济产生的利益可以弥补对竞争的限制产生的利益,或者合并符合重大社会公益,且未达危及市场经济秩序的程度,可以批准这些企业并购<sup>[8]</sup>。

上述措施对我国确定判定标准有着一定的指导和参考价值。对确实能提高效益的并购,我国政府应予批准,但应附加一定条件和义务,如转让部分资产或经营、出售股份、转让技术等,以维持竞争性的市场结构。

定的不明确,判定标准的不完善,我国政府和反垄断执法部门应积极参考美国和欧盟对相关市场的定义和界定方法,借鉴其判例方法和实体分析方法,结合我国企业和行业市场的具体情况,制定明确的可操作性较强的判定方法。明确界定相关市场,为进一步确定市场份额或市场集中度等指标做出参考,同时提高市场界定的透明度,进行公正合理的企业并购规制的实体分析。

2.制定科学合理的垄断判定标准,并采取差别对待、正确引导的方法

制定科学、合理的定性和定量相结合的垄断审查判定标准,并针对不同的并购个案和特定行业的实际情况,综合多重指标和因素分析,采取不同的审查方法。对已具有较强的国际竞争力或对国计民生影响不大的产业,可以适当放松并购审查和反垄断审查的力度,有意识地鼓励企业并购,以提高我国企业的市场竞争力;对国际竞争能力较弱并关系国计民生的产业,适当增强保护,考虑长远效应和社会因素,对企业并购的审查和批准严格把关。

3.建立企业并购反垄断审查监督的执法机构

随着中国经济的发展和外商对华直接投资的日益增加,跨国并购案例将会增多,鉴于其涉及的社会经济关系乃至国际经济关系复杂,对执法的水平和效率要求较高,因此,有必要设立具有高度独立性和权威性的反垄断执法机构。联邦卡特尔局、联邦经济部和垄断委员会都是德国的反垄断执法机构,垄断委员会是控制市场企业或企业兼并的一个专门鉴定机构。

我国可以借鉴国外经验,设立委员会形式的执法机构,直接隶属于国务院,其成员应从具有经济学、法学理论知识和实际工作经验的资深专家中选聘。在进行反垄断审查时,各相关部门需要积极配合。

四、对我国健全企业并购反垄断规制的启示

1.明晰反垄断规制中的相关定义,制定明确的可操作性较强的界定方法

鉴于我国现有的法律法规在并购规制方面的规

参考文献:

- [1] 尚明.反垄断——主要国家与国际组织反垄断法律与实践[M].北京:中国商务出版社,2005: 63- 63.
- [2] 蔡峻峰.反垄断中相关市场的界定标准[J].南京人口管理学院学报,2005, 21(2): 45- 45.
- [3] 吴汉洪,董红霞.企业并购需要反垄断法加以规制——一个经济学分析的视角[J].中国发展观察,2006(6): 13- 14.
- [4] 卫新江.欧盟、美国企业合并反垄断规制比较研究[M].北京:北京大学出版社, 2005: 55- 55.
- [5] Stale M E. Erogeneity tests of market boundaries applied to petroleum products [J]. Journal of Industrial Economics, 1986: 34- 34.
- [6] 梁世燕,方秀文.苏泊尔并购案追踪[N].每日商报,2006- 9- 1(18).
- [7] 王传辉.反垄断的经济学分析[M].北京:中国人民大学出版社,2003:108- 108.
- [8] 游劝荣.反垄断法比较研究[M].北京:人民法院出版社,2006:216- 217.

## The Anti- Monopoly Regulations on M & A in the Occident and the Enlightenment to China

LI Shu- xia, LIU Yun

(School of Management & Economics Beijing Institute of Technology, Beijing 100081)

Abstract: Along with China's economic development and the improvement of investment environment, TNCS rapidly entered the Chinese market by means of M & A, enjoyed higher market share with capital, technology and brand advantages. Meanwhile, the growing M & A cases have brought disputes on whether M & A will form monopoly and how to regulate monopoly behaviors. The anti- monopoly regulations on M & A in the Occident are analyzed in terms of legislation and practice, especially the definition of the relevant market and the criteria of monopoly. Then it analyzes some countermeasures for China based on some M & A cases in China and our anti- monopoly laws and regulations.

Key words: M & A; anti- monopoly; relevant market; criteria of monopoly

[责任编辑: 孟青]