

反垄断前沿与实践丛书



企业并购反垄断控制

欧盟及部分成员国立法执法经验

Merger Control in EU and Several Member States
Legislation & Enforcement Practice

尚明 主编



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



企业并购反垄断控制

欧盟及部分成员国立法执法经验

Merger Control in EU and Several Member States
Legislation & Enforcement Practice

尚明 主编

撰稿人：尹燕玲 叶 军 董红霞
张 哲 崔书锋 蒋 涛
郝 倩 解 琳 赵莉莉



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

企业并购反垄断控制:欧盟及部分成员国立法执法经验/尚明主编. —北京:法律出版社,2008.9
ISBN 978-7-5036-8784-6

I. 企… II. 尚… III. 欧洲联盟—反托拉斯法—研究
IV. D950.229

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 139855 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/韦钦平

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960毫米 1/16

印张/28.5 字数/546千

版本/2008年11月第1版

印次/2008年11月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5036-8784-6

定价:68.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

前 言

2007年8月30日,中国全国人大常委会通过并颁布了《反垄断法》,2008年8月1日这部法律将正式实施。《反垄断法》的实施是中国市场经济法制建设的一件大事,并将对中国市场竞争秩序产生积极的影响。从十三年风雨中走来的《反垄断法》,将使市场主体的竞争纳入一个更加规范和具有可操作性的法律体系中,它带给企业的不仅仅是竞争观念的更新和挑战,也将对市场主体竞争行为产生强烈冲击。鉴于此,《反垄断法》留给执法者和市场竞争者一年的时间做好准备。

反垄断和竞争不是中国特有的法律文化,在长达一百多年的历史中,先后有80多个国家颁布实施了自己的竞争法,其中欧盟和美国的反垄断法具有一定的典型意义;同时,随着经济全球化和竞争市场的扩大,反垄断法也越来越带有跨国的色彩。鉴于此,中国的反垄断法,在考虑到中国国情的背景下,也借鉴了其他国家(地区)的反垄断法立法经验。作为常识,我们了解了反垄断法具有“三大支柱”,但是每一个支柱的主要内容和含义是什么,在实践中如何判断和掌握?这是执法者面临的执法课题,也是市场竞争者应当付出的守法成本,为此,先行的国家(地区)做出了积极的探索,研究它们的经验很有意义。

本书是对欧盟及部分成员国企业并购反垄断立法和执法的最新资讯,有些信息来自反垄断执法人员。从具体内容构架的设计来看主要分为以下五个方面:一是法律制度的概览;二是反垄断机构的设置和运行;三是企业并购反垄断程序;四是企业并购反垄断审查的实体问题;五是典型案例分析。通过这种体系构架的设计可以使读者从全局到细节、从实体到程序、从立法到执法、从理论探讨到案例分析有全面的认识 and 了解。为方便读者阅读本书,现将有关背景和主要内容导读如下:

第一章主要探讨了欧盟的企业并购反垄断控制制度。1957年3月25日,欧洲经济共同体条约在意大利首都罗马签字,1958年1月1日该条约正式生效,由此建立了欧洲经济共同体。欧盟竞争政策的具体化则是欧洲经济共同体条约第85条至第92条的规定。自1958年欧盟竞争法产生以来,其在世界范围内的影响就越来越大。最初,欧共同体条约并没有关于控制企业并购的规定,直到1989年欧共体理事会发布第4064/89号条例,该条例是欧盟竞争法自1958年以来在实体法方面的重要发展。随着该条例的发布,欧共同体竞争法不仅包括条约第81条关于禁止卡特尔和第82条关于禁止滥用市场支配地位的规定,而且还可以通过该条例对企业

并购进行控制,从而建立起了欧共同体竞争法的第三根支柱。同时,自1958年欧盟竞争法产生以来,欧盟理事会和欧盟委员会在竞争法的实体法和程序法方面发布了大量的条例和通告,极大地丰富了欧盟竞争法的内容。

欧盟为适应经济发展和欧盟扩大的需要,对其竞争法进行了多次修改,最近的一次系统修改自2004年5月1日起正式生效实施。此次欧盟竞争法的改革主要涉及禁止卡特尔、控制企业合并、对占市场支配地位的企业实行滥用监督的立法,当然也包括竞争执法部门的改革。在企业并购控制方面,欧盟通过了所谓欧盟企业并购实施规则现代化一揽子文件,如欧盟理事会2004年1月20日发布关于控制企业并购的第139/2004号条例,取代1989年发布的关于控制企业并购的第4064号条例;委员会关于在控制企业集中的理事会条例下评估横向并购的指南;委员会关于并购控制程序的最佳做法;委员会关于实施理事会第139/2004号条例的802/2004号条例及其附件(包括CO申报表,简化CO申报表和简化RS申报表)等。本章围绕欧盟企业并购控制制度这一中心,结合相关立法和其他层次的法律文件,以及欧盟竞争执法机构的成熟做法,分别从法律制度的基本情况、欧盟委员会的管辖权及基本概念、审查程序及其正当性、相关市场的界定、非横向并购的分析、竞争效果的评估以及经济学分析方法在竞争执法中的应用等方面,全方位介绍欧盟企业并购制度。其中既包括法学、经济学理论的阐述,也涵盖执法中的先进经验和做法,并穿插经典案例的介绍,以期向读者呈现更为翔实和全面的欧盟企业并购控制制度。

第二章主要探讨了英国的企业并购反垄断控制制度。早在17世纪,英国就已出现了有关限制竞争的普通法判例,“限制贸易即为违法”的原则长期为法官在判案时所遵循。在立法方面,尽管世界上首部反垄断法《谢尔曼法》于1890年诞生在美国,但与欧洲大陆国家相比,英国竞争制度的历史仍然最为悠久。由于“二战”后英国出现了大规模的工业集中现象,全国50家最大的垄断组织牢牢操控着英国的政治经济命脉,严重影响了英国市场经济的正常运行。在这种历史条件下,英国第一部成文竞争法《垄断和限制行为法》于1948年诞生。但是直到1965年,随着《垄断与并购法》的出台,经营者集中问题才成为英国政府竞争政策关注的焦点。根据法律规定,由垄断和并购委员会用行政干预的办法对并购活动进行调查和控制,在调查结果出台前,监管部门对并购持中立态度。

1998年的《竞争法》和2002年的《企业法》是现代英国竞争制度的基本法,其中《企业法》第22至130条详细阐述了并购控制的基本规定。此外,英国并购审查机构还发布了一些指南性文件,对并购审查的技术细节和法定程序作了进一步的详细解释。尽管英国并购审查制度不可避免地受到欧盟、美国等竞争法律制度的影响,在很多方面亦呈现出与国际通行做法相融合的趋势,但仍然保持了一些独有的特性,主要包括:首先,英国的两阶段并购审查由两家相互独立的机构,即公平交

易局和竞争委员会,分别进行。其次,英国并购审查采取自愿申报制度。表面上看,参与并购的企业可以拥有更大的自主权,但实际上对其如何做好自我评估仍提出了很高的要求,从而减轻了审查机构的负担。第三,除营业额外,以供应份额而不是市场份额作为一项并购是否申报的测试标准。其目的在于不必在确立管辖权阶段就进行全面的市场分析,从而提高了审查机构的灵活性。这与上述自愿申报的做法在出发点上一脉相承。第四,专门设立技术专家型的竞争上诉法庭,处理因公平贸易局、竞争委员会或国务大臣所作决定引发的上诉问题,从而保证了其法律意见的专业性。

第三章主要探讨了意大利的企业并购反垄断控制制度。意大利是欧盟最后一批将竞争法引入国内的成员国之一。意大利在1957年加入欧盟后的33年间没有国内竞争法,本国企业只遵循欧盟竞争法,即欧洲共同体条约第81、82条的规定。1990年意大利颁布了国内反垄断法体系的核心法律《竞争和公平贸易法》,并因此成立了专门的反垄断法执法机构——意大利竞争局。至此,意大利的企业并购反垄断控制制度才真正得以确立,并开始在经济生活中发挥重要作用。

意大利的国内反垄断法通常被认为是欧盟反垄断法的补充,只有在不适用欧盟的有关立法时才适用,其解释也遵循欧盟反垄断法的原则。在企业并购控制领域,意大利通过国内竞争立法的时间(1990年)与欧盟首次制定并购法规的时间(1989年)接近,所以深受欧盟审查制度的影响而与欧盟立法保持协调一致。为了使审查制度在欧盟和意大利国内两个层面上有效运行,法律对两个竞争主管机构的管辖权予以较为明确的划分。同时,欧盟体系下独立的司法审查制度为法律的统一适用提供了保障。在意大利的有关立法和执法实践中,可以发现很多实体和程序问题均对中国有较强的借鉴意义,比如竞争主管机构和行业监管部门的关系、确定申报标准的依据、相关市场的界定、救济措施的运用等。本章结合意大利的实践做法,特别是通过案例分析分别进行了专门讨论。

第四章主要探讨了葡萄牙的企业并购反垄断控制制度。葡萄牙于1986年加入欧盟,其竞争法的理念和框架在很大程度上受到欧盟竞争法体系的影响。作为欧盟成员国的葡萄牙,其有关企业并购控制的法律制度与欧盟相似,但是有关的具体标准和操作程序并不完全相同。在与欧盟的竞争法律框架不抵触的情况下,葡萄牙建立了自己的审查制度,内容涉及事前强制申报、相关市场定义、集中、合资企业、救济、简化程序、案件移交、营业额计算等一系列相关内容。

葡萄牙竞争局进行反竞争评估以及企业并购反垄断审查的主要依据是欧共同体条约第81、82条和葡萄牙2003年第18号法令。2003年18号法律出台后,葡萄牙竞争局开始作为一个独立机构存在,成为葡萄牙政府进行反垄断审查的唯一机关。为保证竞争局履行职责,葡萄牙2003年10号法令赋予其以横向的独立执法权,采用调查、监视、宣传等手段和方法进行审查执法工作,也与市场行业监管部分联合

开展行动。葡萄牙采取事前强制申报制度,只要达到相应的市场份额和营业额标准就必须申报。葡萄牙竞争局的审查分为两个阶段,时限分别为30天和60天。葡萄牙采取两种审查标准相结合的做法,即是否形成或加强企业的市场支配地位和是否严重损害市场的有效竞争。葡萄牙的企业并购审查程序分为简易程序和正常审查程序。在通常的审查过程中要界定相关市场,测量市场集中水平,分析并购可能引起的单边效应和协调效应,考虑潜在进入,并兼顾效率等。在具体的并购审查程序中则涉及诸多环节,包括:事前磋商、并购申报、公告和通报、信息提供和补充、听证会、并购救济等。经济分析是葡萄牙反垄断审查的重要手段之一,本章结合经济学理论和葡萄牙的审查实践,分别对上述相关问题进行了探讨。

为使读者全面了解欧盟的企业并购法律制度,本书附录中收集了19个有关欧盟企业并购反垄断申报审查方面的官方文件。这些文件包括具有法律约束力的条例、实施细则和通知,也包括没有法律约束力但是具有指导性的指南文件。这些文件是目前国内关于欧盟企业并购反垄断规范性文件最全最新的汇总,其中有些文件的中文版系我们自行翻译而来,在国内也是第一次面世。需要特别说明的是,本书附录的法规文件和相关内容得到了“欧盟支持中国加入世界贸易组织项目组”的支持,在此表示衷心的感谢。

还需要读者注意的是,在欧盟的有关文件中经常将欧盟和欧共同体混用,在国际组织和多边场合多沿用欧共体的称呼。为表述方便,本书未对欧盟和欧共同体进行严格区分。另外,并购作为业界惯常使用的术语已经为大家所习惯和接受,但是鉴于并购并不是一个精确的法律概念,没有明确的内涵和外延,中国《反垄断法》没有沿用并购的措辞,而是借鉴欧盟的做法采纳了经营者集中的措辞。应当说从反垄断法和中文语义的角度来说,经营者集中的用词更准确地表达了反垄断法试图表达的概念。但是鉴于实践中经常将两词混用,实际上在欧盟的法律文件中就同时使用合并和经营者集中两个措辞。基于这种考虑,也出于表述的方便,除非特别说明,本书没有严格区分企业合并、并购和经营者集中的概念。

编著者

2008年8月1日

目 录

第一章 欧盟企业并购反垄断控制制度研究	(1)
第一节 法律制度概览	(1)
第二节 管辖权涉及的基本概念	(13)
第三节 审查程序及其正当性	(24)
第四节 相关市场界定	(38)
第五节 非横向合并分析	(53)
第六节 竞争效果评估	(65)
第七节 计量经济学分析工具的使用	(75)
第八节 救济措施	(80)
第九节 案例分析:宝洁并购吉列案	(93)
第二章 英国企业并购反垄断控制制度研究	(100)
第一节 公平贸易局和反垄断控制制度	(100)
第二节 法律体系和执法机构设置	(111)
第三节 竞争委员会及其承担的反垄断审查	(125)
第四节 经济和财务分析	(132)
第五节 作为竞争委员会解决方案的救济措施	(137)
第六节 案例分析:英国天空广播公司收购独立电视台案	(143)
第三章 意大利企业并购反垄断控制制度研究	(149)
第一节 竞争主管机构设置和管辖权划分	(149)
第二节 反垄断申报标准和改革思路	(152)
第三节 从经济学的视角看相关市场的界定	(155)
第四节 救济措施	(161)
第五节 案例分析:菲亚特黄页收购 1288 案	(165)

第四章 葡萄牙企业并购反垄断控制制度研究	(169)
第一节 反垄断控制制度概览	(169)
第二节 葡萄牙竞争局概况	(172)
第三节 反垄断控制立法和审查程序	(175)
第四节 反垄断控制的经济分析	(184)
第五节 救济措施	(190)
第六节 反垄断控制的司法问题	(192)
第七节 案例分析:Sonaecom 并购 PT 案	(202)
第八节 案例分析:Gas Natural 并购 Endesa 案	(209)
第九节 案例分析:Millennium BCP 并购 BPI 案	(212)
附录	(218)
《欧共体条约》第 82 条	(218)
关于控制企业集中的(EC)第 139/2004 号理事会条例	(218)
关于执行《关于控制企业集中的(EC)第 139/2004 号理事会条例》 第 802/2004 号委员会条例	(245)
关于实施条约第 81 条和第 82 条制定的竞争规则的(EC)第 1/2003 号理事会条例	(287)
理事会关于在控制企业集中条例下的横向合并评估指南	(308)
理事会关于在控制企业集中条例下的非横向合并评估指南	(326)
委员会关于依据第 139/2004 号理事会条例(EC)处理某些集中的 简式程序的通知	(347)
欧委会关于与集中直接相关且必须的限制的通知	(351)
关于为欧洲共同体竞争法界定相关市场的委员会通知	(358)
关于《第 4064/89 号理事会条例(欧共体)》和《第 447/98 号委员 会条例(欧洲委员会)》项下可以接受的救济手段的委员会通知	(367)
根据关于控制企业集中的共同体第 4064/89 号理事会条例制定 关于集中概念的委员会通知	(379)
根据关于控制企业集中的共同体第 4064/89 号理事会条例制定 关于完全功能型合营企业概念的通知	(387)
根据关于控制企业集中的共同体第 4064/89 号理事会条例制定 关于“相关企业”概念的通知	(390)
根据关于控制企业集中的共同体第 4064/89 号理事会条例制定 关于营业额计算方法的委员会通知	(399)
欧洲委员会竞争总司发布的 EC 合并控制程序最佳做法	(410)

最佳操作指南:委员会关于在合并条例下资产剥离承诺和受托人 选任的范本	(418)
向欧盟委员会的承诺范本	(424)
受托人委托协议范本	(431)
有关共同体条约第 81 和 82 条、欧洲经济区协定第 53、54 和 57 条 以及第 139/2004 号理事会条例项下案件中查阅委员会文档规 则的委员会通知	(437)

第一章 欧盟企业并购反垄断控制制度研究

第一节 法律制度概览

欧盟^[1]的企业并购控制制度自1990年建立以来,经过不断发展目前已形成了一套较为完善的法律制度。本节将对欧盟的企业并购控制制度进行概括性的讨论,内容包括:欧盟并购政策的历史发展,基本原则和法律框架;并购的概念;并购申报标准及欧盟对并购进行反垄断审查的管辖权和欧盟并购控制的审查标准及其考虑因素。

一、欧盟企业并购控制制度的历史发展

(一) 欧盟企业并购控制制度的建立

欧盟在成立时就颁布了反托拉斯和卡特尔方面的规定,但是并没有同时颁布关于并购方面的规定,在很多成员国的法律体系中也没有并购方面的规定。因此,欧盟对并购行为的反垄断控制主要是通过对《欧共同体条约》第81条和第82条的扩张解释来进行的。如果企业并购行为是基于企业间的协议并对竞争构成限制,则《欧共同体条约》第81条可以适用于该并购行为。如果一家企业已经在共同市场上或者共同市场的重要组成部分上处于支配地位,则该企业从事并购竞争对手的行为可能会违反《欧共同体条约》第82条的禁止性规定。^[2] 后来,各个成员国逐步认识到对并购进行反垄断控制的重要性,欧盟于是在1989年颁布了《欧盟理事会关于企业并购控制的4064/89号条例》(以下称“4064/89号并购条例”)。但该条例的颁布距离欧洲煤钢共同体的成立已经过去了四十多年。这在一定程度上说明,在对企业并购进行反垄断控制方面达成共识并不是容易的事情。实际上,欧盟4064/89号并购条例很晚才出台的原因是一个非常敏感的问题,很多人认为对企

[1] 欧盟,全称欧洲联盟,其前身是欧洲共同体(简称“欧共同体”)。法国、联邦德国、意大利、荷兰、比利时和卢森堡6国根据《欧洲煤钢共同体条约》于1952年正式成立欧洲煤钢共同体,1958年又根据《欧洲经济共同体条约》和《欧洲原子能共同体条约》成立了欧洲经济共同体和欧洲原子能共同体。1967年,上述6国签订《布鲁塞尔条约》将3个共同体的主要机构合并。1993年生效的《欧盟条约》(又称《马斯特里赫特条约》)正式确定欧盟的名称,并将原“欧洲经济共同体”统一改为“欧洲共同体”。欧盟机构在其内部文件提到处于欧洲一体化不同阶段的实体概念时也常将“欧盟”和“欧共同体”混用,在国际组织和多边场合仍沿用欧共体的称呼。为表述方便,本书中未对“欧盟”和“欧共同体”进行严格区分。

[2] See Pierre Bos, Jules Stuyckand Peter Wytinck, *Concentration Control in European Economic Community*, 1st ed., 1992, p. 146.

业并购进行控制是国家对公司经营行为的一种干预。尤其是在欧洲,欧共同体是由不同成员国组成的,其中的一些成员国认为企业并购控制是一个国家主权范围内的事情。如果其他国家对此提出意见的话,相当于其他国家不正当地干预了本国的国内事务,特别是在关系到国家利益的大公司事务的情况下。

在20世纪70年代,欧盟的一些成员国已经建立了自己的并购控制法律体系,并购当事人需要向不同成员国的竞争主管机关进行申报,这给企业带来很大的麻烦。另外,在一些成员国则没有任何并购规定。后来,各成员国认识到如果对并购不加控制,大公司所掌握的市场力量将损害经济发展。因此,自20世纪70年代起,欧盟就开始讨论建立共同体层面的并购法律体系的问题。但不幸的是,欧盟内部对这一问题一直存在分歧。总体来看,这些分歧主要有两种观点:一种观点认为并购控制是政治考虑,这种政治方面的影响主要是通过采取经济政策的手段对并购施加影响;另一种观点认为,对并购进行管理应该建立在对竞争考虑的基础上,应当仅仅从竞争的角度考虑问题,而不是从其他方面考虑欧盟需要实现的目标。

事实上,德国政府作为欧盟成员国中最重要的代表力量之一,就曾经否决过欧盟委员会关于并购方面的一些法案。在欧盟委员会最终做出妥协的并购控制条例中,最后还是以竞争政策为基础的意见占据了上风。因此,与其他国家的竞争立法不同的是,欧盟的竞争立法受到政治方面的干预是比较少的。在欧盟部长理事会做出的最后决定中,没有采纳竞争因素之外的政策考虑,例如产业政策、利益平衡。这也是为什么欧盟在20世纪80年代末期才出台有关并购控制规定的原因。

(二)1997年欧盟企业并购控制制度的改革

欧盟在4064/89号并购条例颁布后主要进行了两次改革:一是1997年对合营企业概念的改革;二是2004年对并购实质性审查标准的改革,同时对并购控制程序也进行了调整。根据4064/89号并购条例第1条的规定,在不迟于此条例生效后的四年内(即1994年9月20日之前)应对申报标准进行审查,以确定是否需要进行修改。由于欧盟各成员国对条例的修改存在争论,直到1997年9月7日才通过1310/97号修改条例。

1310/97号条例主要是进一步强化了欧盟并购审查的管辖权,并对审查程序进一步合理化,提高了审查效率。这次修改的主要内容包括三个方面:一是提出了全能合营企业的概念,除原有的集中性合营企业外,将协调性合营企业也纳入欧盟《并购条例》的管辖范围。二是对并购申报标准进行修改,降低欧盟“一站式”并购审查的起点标准,扩大了欧盟集中审查的并购的范围。三是在第一阶段初步审查中,如果并购存在的竞争问题易于确认且容易补救,允许并购当事方对其并购计划进行修改,或者提出补救的承诺;如果委员会认为并购与共同市场不相容的问题不复存在,则可以直接批准并购或附条件宣告其与共同市场相容。相比之下,

4064/89号并购条例规定只有在第二阶段审查中,委员会才能接受并购当事方的救济承诺,在第一阶段审查中不接受类似救济承诺。此次修改节约了审查时间,大大提高了并购审查的效率。

(三)2004年欧盟企业并购控制制度的改革

为进一步完善并购控制制度,2004年欧盟对其有关企业并购控制的相关立法进行了一揽子改革,并于2004年5月1日起正式实施。该一揽子改革成果包括:《欧盟理事会关于企业并购控制的139/2004号条例》(以下称《并购条例》)、《欧盟委员会关于实施139/2004号并购条例的第802/2004号条例》(以下称802/2004号并购实施条例)、《欧盟并购控制程序最佳行动指南》、《横向并购评估指南》等。这一系列并购控制条例、实施条例、行动指南和评估指南的出台及实施,构筑起了欧盟完整的并购控制法律体系。

目前,欧盟的企业并购控制制度仍在不断改革发展。2007年以来,欧盟还发布了《非横向并购评估指南》,并对802/2004号并购实施条例进行了修改,发布了关于修改《欧共体竞争法中界定相关市场的通告》的征求意见稿,并计划于2008年底完成修改工作。

二、欧盟企业并购控制制度的基本原则和主要内容

(一)欧盟企业并购控制制度的基本原则

欧盟企业并购控制制度的基本原则主要有下列四项:

第一,欧盟的并购申报体系是强制性的。任何一项达到门槛的并购必须向欧盟委员会进行申报,在获得批准之前不得实施。并购交易只有在获得欧盟委员会审查通过之后才能实施。欧盟关于强制申报的程序在一定程度上给企业造成了一定负担,主要表现在并购的时间可能因为审查期限而推迟。

第二,欧盟竞争总司承担了快速审查的义务。欧盟竞争总司必须对并购申报进行快速审查并尽快做出决定。通常有95%的案件需要一个月的审查时间,个别案件则需要延长到5到6个月。欧盟事前强制申报制度尽管有期限限制的缺陷,但是同时它也给企业一定的确定性,企业可以自己审查时间进行预期。

第三,欧盟委员会对并购的“独享管辖权”体制。只有欧盟委员会有资格受理达到一定门槛的并购案件并做出决定,在欧盟称之为“欧盟委员会独享的权限”。欧盟的27个成员国均无此权力,而且任何一个成员国一般都不能否决欧盟委员会的决定。

第四,欧盟的整个并购控制体系建立在竞争评价基础之上。欧盟批准或者禁止一项并购以及采取救济措施时完全出于竞争方面的考虑,而不是从政治方面考虑问题,也不是对某些观点或利益进行平衡的角度考虑问题。当然,这不是说并购控制完全不受政治方面的影响,但是与欧盟以外国家的立法体系相比较而言,欧盟还是主要基于竞争本身来考虑问题。从欧盟17年的执法历史来看,很少有案例

是基于对竞争之外因素的考虑而做出审查决定的。

(二) 欧盟企业并购控制制度的主要内容

经过 2004 年的系统改革,欧盟的企业并购控制制度形成了以《并购条例》为核心、以 802/2004 号并购实施条例为配套的基本法律框架。在这个法律框架下,对并购申报的标准、申报文件和申报表格、并购申报前移送管辖、调查程序和做出决定的时限、听证权和听证会、文件查阅权和保密信息处理、并购救济制度等作出了明确具体的规定。在前述并购立法的基础上,欧盟还发布了《欧盟并购控制程序最佳行动指南》、《横向并购评估指南》以及《非横向并购评估指南》。欧盟通过这些指南性文件确立了横向并购、纵向并购和混合并购的实体分析标准以及并购审查的程序规范。另外,欧盟还根据新修订的并购立法对有关通告进行了修改和完善,主要包括有关企业的概念、并购的概念、营业额的计算、全功能合营企业的认定、并购救济制度等内容。上述一揽子并购条例、实施条例、指南和通告构成了欧盟并购控制制度的主要内容。

三、欧盟企业并购控制中并购概念的界定

如何界定并购概念是企业并购控制制度中的一个基本问题。欧盟将并购界定为:单独或者联合控制权的取得或者设立合营企业的行为。《并购条例》第 20 段指出:企业并购可以界定为导致相关企业控制权持续变化,进而在市场结构方面产生变化的交易。可见,欧盟认为并购的核心问题是控制权问题。欧盟称并购为集中,其主要原因在于仅仅是购买一家公司的股票是不够的,还需要取得对它的控制。因此欧盟认为,构成并购的条件之一是必须能够控制一家公司,对该公司产生决定性的影响。在确定控制的问题上,通常不仅需要考虑购买股票的多少,还需要考虑其他的相关因素。因为即使拥有多数股权,也不一定意味着能够获得对公司的控制权。欧盟主要关注是否实际上、真正地控制该公司。在欧盟考虑的因素中,“决定性影响”主要是指股东的否决权。只要少数股东能够通过表决权改变大股东所做的一些决定,即使少数股东只拥有很少的 1% 到 2% 的股权,也可能被认为拥有决定性的影响。

某一行为是否导致控制权的取得或变更,取决于一系列的法律因素和事实因素。尽管财产权和股权的取得非常重要,但这并非控制权取得或者变更的唯一因素,单纯的经济关系也可能起到关键性的作用。在某些情况下,经济上的依赖关系会导致事实上控制的产生。例如,在企业之间存在结构性联系时,由供应商或客户提供的长期供货协议或者重要贷款,就具有决定性影响。此时,即使当事人没有公开宣称其实施了并购行为,仍然会存在取得控制权的可能。139/2004 号并购条例第 3 条明确规定,“控制”可以是基于权利、合同或任何其他方式而具有行使决定性影响的可能性。欧盟在认定并购时还会考虑一些法律因素,例如对董事会的管理或控制,对股东大会的参与程度。同时,欧盟也会考虑公司管理层是否有家庭成

员等其他方面的实质性联系,从而使其拥有对公司决策的决定性影响。

根据 139/2004 号并购条例第 3 条,控制权通常由权利持有人或有权行使控制权的人所拥有。但是,当控制权利益的形式持有人与实际行使该权利的人不一致时,则实际上行使该权利的人为控制人。例如,A 企业为取得对 B 企业的控制权,而以 C 企业的名义并通过 C 企业行使控制权。在这种情况下,尽管 C 企业是表面上的控制人,但目标企业 B 的控制权实际上由进行幕后操纵的 A 企业在行使。认定该类间接控制的证据包括融资资金的来源、企业之间的关联关系等。取得控制的标的可以是具有法人资格的一家或多家企业,也可以是该企业的资产。有关资产可以是商标或专利权,但必须属于计算营业额所涉及的业务范围。

四、欧盟企业并购申报标准及其与成员国管辖权的划分

欧盟企业并购申报标准采取的是营业额主义,其他国家可能也采取了一些不同的标准,比如市场份额标准或并购交易额标准。在欧盟看来,市场份额标准过于复杂,不太容易操作,而且会给执法人员比较大的自由裁量权。营业额主义做法的不利之处是过于死板,但它简单明确,可以给并购当事方的申报提供可预见性。欧盟认为营业额会反映一个公司的规模是否庞大,一般而言大公司在并购方面可能引发的问题也比较大。大公司的营业额可能比较高,但是它的市场力量也可能被一些其他因素所冲淡。欧盟坚持采取营业额标准,主要是因为它比较容易操作,同时也给企业以比较明确的可预见性。

欧盟并购控制制度需要解决的一个重要问题是,究竟是所有的并购案件都由欧盟来处理,还是较大规模的并购案件才由欧盟来处理,而小规模并购案件则由成员国的竞争主管当局处理。欧盟并购控制申报的标准是营业额,并以此来划分欧盟委员会和成员国之间对案件管辖的权限。具体来说,只要并购各方在全世界范围内的营业额合计达到 50 亿欧元,并且参与并购的企业中至少有两家企业在共同体内的营业额均超过 2.5 亿欧元,该并购案件就应当由欧盟管辖。同时,欧盟在和成员国之间管辖权划分方面采取了一些比较灵活的做法。这些灵活的做法主要是在欧盟委员会和欧盟成员国之间可以互相移送案件:一是欧盟委员会可以将案件移送成员国管辖;二是在满足一定条件的情况下,可以由成员国把案子移到欧盟委员会来审理。无论是执法部门还是第三方都可以提出这样的请求,只要请求合理就可能会实施移送。总之,营业额主义使欧盟在共同体和成员国之间找到了并购案件分配管辖的解决之道。欧盟委员会作为欧盟并购控制体系的中心,通过与其成员国之间并购案件的移送,能够了解到整个欧盟范围内并购审查的整体情况。

成员国政府可以以国家利益为理由拒绝执行欧盟委员会作出的对其不利的决定。所谓作为国家利益的理由主要包括军事安全或国家安全。欧盟认为这种做法是必要的和必不可少的,但只有在极个别的情况下才能采取,而且成员国做出这种

决定时必须要有非常充足的理由。欧盟委员会相信这是对欧盟最理想的一种做法,如果成员国能很容易地反对欧盟委员会做出的决定,那么欧盟关于并购控制的制度将很难得到实施。

五、欧盟企业并购控制制度的域外管辖

假设中国两家大型能源公司并购,或者一家中国公司并购欧盟公司,欧盟委员会是否有管辖权?根据国家主权原则,欧盟委员会对两家中国公司的并购进行管辖有违中国主权,因为中国拥有主权决定自己的经济政策和战略。但是,在国际公法中有这样一个重要原则,就是效果主义或者说是效果原则。如果两家中国公司在市场上的行为能够对欧共同体市场产生影响,那么欧盟就认为它对这样的并购应当拥有管辖权。如果两家中国公司在欧盟市场不活跃或者完全不活跃的话,那么欧盟认为这是中国主权范围内的事情。当然,其他国家也可以据此原则主张对在国外两家公司的并购拥有管辖权。关于两家外国公司的并购由欧盟委员会管辖的案子,我们可以看一下美国通用电气(GE)和霍尼维尔(Honeywell)并购的案子(以下简称GE/Honeywell并购案),〔1〕再就是美国波音和麦道并购的案子。〔2〕当然这些案子的技术细节都比较多,但它们能够为我们提供许多经验。这些案子都曾上诉到欧洲法院,但最终法院都维持了欧盟委员会的决定。

1997年,欧盟委员会对美国波音/麦道公司并购案的审查,是欧盟竞争法域外管辖和适用效果原则的一个重要案例。在并购前,美国波音公司和麦道公司分别是全球第一大和第三大的飞机制造商,其主要竞争对手是全球第二大的欧洲空中客车公司。1996年12月14日,波音/麦道公司宣布将以换股形式进行并购交易,并购后麦道将成为波音的全资子公司。并购交易将在美国境内进行,对美国经济发展以及建立高效率的国防产业将产生积极推动作用。因此,美国联邦贸易委员会很快就批准了该并购。但是,根据并购计划,波音/麦道公司的全球营业额之和超过了50亿欧元,并且各自在欧盟共同市场内的营业额也都超过了2.5亿欧元,因此该并购符合欧盟委员会行使管辖权的标准。1997年2月18日,并购当事方向欧盟委员会申报了其并购计划。经过深入的调查和分析,欧盟委员会认为该并购与共同市场的有效竞争不相容,波音公司为此向欧盟作出了多项承诺以消除并购对竞争的不利影响。1997年7月30日,欧盟委员会最终以附条件和义务的方式批准了该并购。在该案中,欧盟委员会并未根据单一经济体原则行使管辖权。因为波音和麦道公司在欧盟没有子公司,欧盟无法依据该原则对该并购行使管辖权。但是,波音公司的全球经营范围涵盖了欧盟,其很多重大客户和主要竞争对手(空中客车公司)都在欧盟区域内。波音公司可能独立于其客户和竞争对手采取行

〔1〕 该案在欧盟委员会竞争总司的合并案件编号为M2220,作出决定的日期为2001年7月3日。

〔2〕 该案在欧盟委员会竞争总司的合并案件编号为M877,作出决定的日期为1997年7月30日。

动,从而对欧盟范围内的有效竞争产生严重威胁。因此,欧盟行使管辖权依据的是效果原则,波音/麦道公司并购后将形成全球最大的飞机制造企业,在可预见的未来将对欧盟市场竞争产生严重不利影响的效果。

GE/Honeywell 并购案是欧盟行使域外管辖权的又一个典型案例。2001年2月,GE和Honeywell向欧盟委员会申报了其并购计划。欧盟委员会认为,GE通过增发股份的方式并购Honeywell,使Honeywell成为GE的全资子公司,该交易符合欧盟139/2004号并购条例所规定的申报标准,欧盟对该并购拥有管辖权。经过初步审查后,欧盟委员会认为该并购可能会存在严重的竞争问题,并进入第二阶段审查,以便确定该并购是否会在共同市场产生或增强市场支配地位,从而严重损害市场有效竞争。经过第二阶段审查后,欧盟委员会认为该并购将在相关市场产生支配地位,并对欧盟共同市场产生重大影响,这也是该并购需要欧盟审查和批准的重要原因。在救济措施的谈判过程中,GE所提出的救济承诺未能消除欧盟委员会的竞争关注,最终欧盟委员会禁止了该项并购。后来,GE就欧盟委员会的禁止决定向欧洲初审法院提起上诉,要求撤销该决定。但是,GE要求撤销欧盟委员会决定的理由中未提及域外管辖权问题。因此,在本案中欧盟域外管辖权的合法性并未受到当事方的质疑和挑战。

六、欧盟企业并购控制制度的审查标准及考虑因素

当一个并购案申报到欧盟之后,欧盟决定是否批准的标准以及要考虑的因素至关重要。我们知道,欧盟并购审查采取的是事前申报制度。欧盟对并购所进行的控制是事前管理,这可以让欧盟很好地预测并购的未来走势。目前,欧盟采取的审查标准是“严重阻碍有效竞争标准”,这个标准还涉及市场支配地位和市场力量这两个概念。“市场力量”主要是指一个竞争者是否具有采取独立于其竞争者行为的能力。从技术上说,这又分为两种情况。第一种情况是他们是否会采取非合作的行为行使市场力量,或者也可以称之为单边行为;第二种情况是采取合作的方式施加市场力量,即通过这种行为打击他们的竞争者,这种情况称为双方协调行为。

欧盟在过去的15年到17年里积累了很多单边行为方面的案例。欧盟所考虑的因素主要是市场结构及一些平衡性因素,比如说是否对市场进入造成阻碍,个别情况下也会考虑效率问题等。如果要从专业角度对市场结构进行分析,它主要包括两个方面:相关产品市场分析和相关地域市场分析。当然,在进行相关市场分析时,欧盟采用了一些有用的工具。比如在进行相关产品市场分析时,欧盟可以用SSNIP界定法。欧盟也会采取其他经济标准来对市场进行分析,还会采取广泛的市场调查,比如对大量的利益相关者或者说市场参与者进行访谈,向他们提供一些调查问卷,以确保对市场因素进行充分考虑,最终形成全面准确的意见。这些措施保证了欧盟做出的决定最符合市场的实际情况。