

企业并购反垄断审查译丛

中华人民共和国商务部反垄断局 / 组编

The Merger Review Process
A Step-by-Step Guide to U.S. and
Foreign Merger Review

美国并购审查程序 暨实务指南

(第三版)

美国律师协会反垄断分会 / 编

李之彦 王涛 / 译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

The Merger Review Process
A Step-by-Step Guide to U.S. and
Foreign Merger Review

美国并购审查程序 暨实务指南

(第三版)

美国律师协会反垄断分会/编
(美) 伊莲·K. 格茨/主编
李之彦 王涛/译



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

北京市版权局著作权登记号 图字:01-2011-3876

图书在版编目(CIP)数据

美国并购审查程序暨实务指南:第三版/美国律师协会反垄断分会编;
(美)伊莲·K.格茨主编;李之彦,王涛译.—北京:北京大学出版社,
2011.10

(企业并购反垄断审查译丛)

ISBN 978-7-301-19004-3

I. ①美… II. ①美… ②伊… ③李… ④王… III. ①企业兼并-企业
法-美国-指南 IV. ①D971.222.9-62

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第111212号

The Merger Review Process: A Step-by-Step Guide to U. S. and Foreign Merger Review, 3d edition
Copyright © 2006 American Bar Association.

Printed in the United States of America.

All rights reserved. No part of this book may be reproduced or transmitted in any form or by any
means, electronic or mechanical, including photocopying, recording or by any information storage
and retrieval system, without permission in writing from American Bar Association.

Simplified Chinese translation copyright © 2011 by Peking University Press

ALL RIGHTS RESERVED.

书 名: 美国并购审查程序暨实务指南(第三版)

著作责任者: 美国律师协会反垄断分会 编

[美]伊莲·K.格茨 主编 李之彦 王涛 译

责任编辑: 陈 康

标准书号: ISBN 978-7-301-19004-3/D·2863

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.yandayuanzhao.com>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 涿州市星河印刷有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×1020毫米 16开本 36.25印张 571千字

2011年10月第1版 2011年10月第1次印刷

定 价: 78.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

编译说明

美国是最早建立反垄断法律制度的国家之一,1890年颁布的《谢尔曼法》是最早的现代意义上的反垄断法。经过一百多年的发展,美国反垄断法律体系不断完善,积累了丰富的立法和执法经验。

美国律师协会(American Bar Association, ABA)反垄断分会编写了介绍当今美国反垄断理论和实务的系列丛书。在亚洲开发银行的帮助下,我们组织翻译了其中关于企业并购反垄断审查的五本书,构成“企业并购反垄断审查译丛”。

《企业并购前的协同:关于抢先合并与信息交换的新规则》(Premerger Coordination: The Emerging Law of Gun Jumping and Information Exchange)是关于企业并购前协同的著作,着重分析了抢先合并和信息交换这两个问题。该书分为两部分:第一部分介绍了美国现行法律对于企业并购前行为的规定,美国执法机构如何在实践中运用和解释这些法规,以及美国之外多个司法管辖区的相关规定和实践;第二部分分析了在并购交易过程中涉及企业并购前的协同行为的各种实际问题。

《美国并购审查程序暨实务指南》(第三版)(The Merger Review Process: A Step-by-Step Guide to U. S. and Foreign Merger Review)是一本关于美国并购交易反垄断审查的实用手册。该书正文对美国反垄断执法机构的经营者集中审查过程作了详尽的介绍:起始一章介绍了相关法律渊源、执法机构设置、审查过程概述和保密机制等背景信息,随后以专章形式对申报前商谈机制、申报文件的准备和申报程序、初始等待期、进一步审查程序、未达申报标准交易的处理、第三方如何参与反垄断调查、以非诉程序解决审查争议等重要问题作了细致的讲解。更为难得的是,这本书的附录内容非常丰富,编者精心挑选了大量的申报文件范本,为正文的阐述提供了

生动和翔实的例证,两者配合,相得益彰,能使读者全面了解美国的并购反垄断审查制度。

《企业合营——竞争者之间合作行为的反垄断分析》(Joint Ventures: Antitrust Analysis of Collaborations Among Competitors)一书在美国联邦贸易委员会与美国司法部共同发布的《竞争者间合作行为之反垄断指南》的基础上,详尽论述了企业合营的定义、种类、具体表现以及对竞争的影响,进而通过研究典型案例来探析美国反垄断法规制企业合营的立法、原则、审查标准、合理性分析等问题。

《并购前申报实务手册》(第四版)(Premerger Notification Practice Manual)一书汇总和讨论了联邦贸易委员会并购前申报处所给予的非正式解释;反垄断机构根据《1976年哈特—斯科特—罗迪诺反托拉斯改进法》(《HSR法》)和联邦贸易委员会实施规则所进行的执法行为。而且加入了联邦贸易委员会并购前申报处在各种相关问题上的最新立场,加入了对一些解释的总结,这些解释是与自2003年以来反垄断领域发生的变化相关的,包括新的规则、关于有限责任公司制度的正式的解释以及HSR法的修正案。

《合并与收购:理解反垄断问题》(第三版)(Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues)是一部全面讨论美国合并与收购反垄断实体法的著作。该书囊括了对美国反垄断执法全面和最新的分析,具有很强的实用性和可操作性。该书涉及美国反垄断执法的所有重要发展。

本译丛对我国经营者集中反垄断审查执法人员和相关人员,包括律师、法律专业的教师和学生等均有一定的参考价值。由于水平有限,时间所限,翻译中的偏颇和错误在所难免,敬请读者批评指正。

译丛编委会
2011年9月

序

对于打算进行合并、收购或合资等交易的当事方及其律师来说,联邦反托拉斯审查是件令人望而生畏的事情。受《哈特—斯科特—罗迪诺反托拉斯促进法(修订本)》(《HSR法》)管辖的交易必须向美国司法部反托拉斯局和联邦贸易委员会申报。这些申报行为所启动的审查过程可能是繁琐、昂贵且耗时的。这个过程对于当事方及其律师来说经常是难以应付和无法预料的。审查机关在审查申报材料时想发现什么?申报材料中必须涵盖哪些信息?审查机关如何决定对哪些交易进行调查?调查是如何进行的?是否反对一项交易的决定是如何作出的?如果交易遭到了反对,可以采取哪些变通做法?最为重要的是,当事方及其律师怎样做才能够加快审查过程,使相关成本最小化,并且提高获得实效的可能性?

这本《实务指南》并不是一部关于并购实体法的专著,它所关注的重点是联邦机关的并购审查过程和程序。反垄断分会已经出版了《并购中的反托拉斯问题解读》(*Mergers and Acquisitions: Understanding the Antitrust Issues*)一书的第二版,这本书与《反托拉斯法的发展》(第五版)(*Antitrust Law Developments(Fifth)*)一书共同介绍了联邦反托拉斯实体法。另外,关于《HSR法》以及据此发布的规则的解读和适用性的信息,反垄断分会已经出版了《并购申报实务手册》(*Premerger Notification Practice Manual*)第三版。本部的《州反托拉斯惯例及制定法》(第二版)(*State Antitrust Practice and Statutes(2d ed.)*)探讨了州反托拉斯执法中的程序性问题和实体性问题以及其他问题。外国的交易进行引起的问题在本部的《美国以外的竞争法》(*Competition Laws Outside the United States*)一书中讨论。

这本《实务指南》揭示了从申报前的阶段开始到可能经过的非诉讼解决阶段、直到审查机关的异议阶段的整个审查过程。本书还谈到了对

不受《HSR 法》的申报规定约束的交易的调查问题,阐述了非《HSR 法》项下的交易何时会受到调查以及这些调查与《HSR 法》项下的审查的具体差别。本书介绍了审查机关和当事方及其律师可以采取的步骤,重中之重是当事方及其律师在审查过程中的每个步骤中必须作出的战略决策。

这本《实务指南》按照时间顺序对审查过程进行了全程介绍。第一章记述了联邦并购审查的制定法基础,概括介绍了审查机关和审查过程,讨论了保密问题以及合并前的信息交换和联合行动问题。这一章有一节关于《萨班斯—奥克斯利法》(Sarbanes-Oxley Act)中可能适用于并购声明和并购活动的规定的新内容,并且对可能对外国人收购美国企业发生影响的《埃克森—佛罗里奥法》(Exon-florio Act)进行了概括介绍。第二章讨论了根据《HSR 法》进行申报之前这个阶段的问题。第三章涉及的是最初等待期问题。第四章囊括了编制进一步审查答复材料期间的问题。第五章讨论了履行了进一步审查程序后的问题以及审查机关的决定程序问题。第六章探讨了《HSR 法》项下的并购调查与该法以外的并购调查之间的差别。第七章讨论的是参与美国的并购调查的第三方,包括外国和美国各州反托拉斯机关、联邦和州监管机关、竞争者以及消费者。最后,第八章讨论了不经过诉讼程序是否有可能解决执法机关反对并购的问题。此外,附录中还列出了关于联邦审查过程的关键性成文法规;提供了联邦贸易委员会和反托拉斯局各部门的组织结构图和分管行业;提供了制作《HSR 法》项下的《申报书》和《申报表》的指南;提供了并购审查过程中的关键文件的样本,如进一步审查函,联合抗辩协议以及延时协议;还提供了 ABA 的进一步审查程序指南。

这本《实务指南》的目的是使得联邦并购审查变得更加透明、更容易理解、更加便于当事人及其律师操作,使其在审查过程中尽可能取得好的效果。

这本《实务指南》是众多私人律师和政府律师共同努力的成果。具有突出价值的内容是反托拉斯局和联邦贸易委员会的资深律师撰写的关于审查机关对申报材料的审查问题和进一步审查令的遵守问题的讨论,对执法机关的调查和决策过程的介绍,以及由经验丰富的辩护律师和公司律师撰写的对在审查过程中的各个时间点的战略选择问题的讨论。虽然联邦贸易委员会和反托拉斯局慨然批准其某些最有经验的律师参与这

个项目,但必须强调的是,这本《实务指南》中所表达的观点不属于上述任何一个机构,也未必代表它们任何一方的观点。同样,本书是所有参与者共同努力的成果,指南中的说法未必代表某一个参与者的观点。

本书是许多个人及其所属律师事务所的作品。伊莲·格茨负责本书第三版(以及前一版)的全部编辑工作。此外,伊莲的合伙人约书亚·肯迈克起草了第一章中关于《萨班斯—奥克斯利法》的新增内容。利亚·贝拉纳、约翰·科林斯、托马斯·芬纳、凯瑟琳·弗里斯特、罗南·P.哈利、丹尼尔·哈姆利、约瑟夫·克鲁斯、莱斯利·奥伟顿、康斯丹·罗宾逊、理查德·罗森以及我个人参与了《实务指南》的起草工作。罗伯特·克里默和巴里·尼格罗主持了两个执法机关的审定工作。由理事会成员德贝拉·J.皮尔斯丁和德贝拉·A.瓦伦丁、书籍与专著委员会副主席格里高利·威尔斯组成的编辑委员会负责审订《实务指南》第三版。

罗伯特·斯洛伯格
美国律师协会
2005—2006 年度
反垄断分会
克莱顿法委员会主席
2005 年 12 月

前 言

美国律师协会(ABA)反垄断分会很高兴能把《美国并购审查程序暨实务指南》这本关于联邦执法机关的并购审查过程和程序的详细指导书的第三版奉献给反托拉斯法律界。《并购审查程序》一书的宗旨是使联邦审查程序更便于当事方及其律师理解和使用,使其能够更有效地把握审查过程。非常重要的一点是,《并购审查程序》一书集中讨论了当事方及其律师在合并过程中的关键环节上所必须采取的战略决策。

第三版不仅对并购审查机关必须遵守的程序以及当事人可以选择的相应做法作出了更新,而且扩充了内容范围,纳入了当今发展中的问题:(1)多法域审查的协调问题;(2)《哈特—斯科特—罗迪诺法》(*Hart-Scott-Rodino Act*)项下的等待期届满或终止前的“抢跑”问题;(3)并购审查过程中第三方的代理人问题;(4)《萨班斯—奥克斯利法》(*Sarbanes-Oxley*)对与合并有关的声明和并购前活动的影响的概述。

许多私人律师和政府律师为这本基本指导书的编写工作奉献了时间和智慧并且戮力合作,我们在此深表谢意。反垄断分会以自己能够使在这个问题上持不同立场的所有律师组织起来并提出各自的观点、使读者得以了解这些问题的所有角度和微妙差别而感到自豪。在此特别向伊莲·K.格茨女士致谢,她为了这本书能够取得全面性和均衡的效果,从

而大幅度提高并购程序的质量,以自己的精力和满腔热忱,将各种不同观点和视角呈现在这个平台上。

唐纳德·C. 科拉威特

美国律师协会

2005—2006 年度

反垄断分会主席

2005 年 12 月

目 录

第一章 背景	(1)
一、制定法法源	(1)
二、执法机关的审查权和审查程序	(18)
三、保密问题	(26)
四、《2002 年萨班斯—奥克斯利法》及其影响	(38)
五、埃克森—佛罗里奥(Exon-Florio)国家安全审查程序	(40)
第二章 HSR 申报的前期准备	(42)
一、开展初始实质评估	(43)
二、理解和阐述 HSR 合并审查程序	(50)
三、确定交易是否受《HSR 法》调整	(56)
四、交易评估	(61)
五、控制风险	(63)
六、分析和表达交易各方的合同义务	(70)
七、准备 HSR 申报	(79)
八、与反托拉斯监管机构进行申报前沟通	(87)
九、反托拉斯监管机构发起的申报前调查	(93)
十、内部律师的作用	(95)
第三章 初始等待期	(100)
一、对 HSR 申报文件进行符合性的审查	(100)
二、确定管辖权前的审查	(107)
三、与审查机构的审查官员进行确定管辖权前的沟通	(110)
四、确定管辖权程序	(113)
五、确定管辖权之后的初步调查	(115)
六、进一步审查令的发出	(117)
七、律师可采用的技术性选择	(120)

第四章 按照进一步审查令准备材料	(131)
一、协商确定进一步审查令的范围	(131)
二、全面履行 (full compliance) 的潜在替代做法	(147)
三、撰写进一步审查令的回复	(150)
四、基本合规与符合性争议	(163)
五、合并双方在准备如何回复时审查机构的工作	(172)
六、除了准备回复以外,申请方的律师还可以做什么	(181)
第五章 答复进一步审查令之后的工作	(188)
一、审查机构持续的调查	(189)
二、在审查官员提交否决意见后与部门负责人或者 助理官员举行会议	(196)
三、更高级别的审查	(199)
四、时限和延长	(208)
五、对审查机构决定的回应	(211)
第六章 对未达申报标准的并购进行处理	(217)
一、简介	(217)
二、达不到 HSR 申报标准的并购交易	(218)
三、结论	(227)
第七章 第三方对并购调查的参与	(228)
一、在涉及其他政府机关的并购案件中代理申报当事人	(228)
二、收到与并购调查相关的强制性令状的第三方 事务的代理	(240)
三、对并购提出异议的第三人的事务代理	(246)
第八章 无需经过诉讼而最终解决竞争问题	(251)
一、提出解决方案的时机和内容的战略性考虑	(253)
二、联邦贸易委员会的程序	(262)
三、司法部的程序	(269)
四、和解令中的典型条款	(279)
附录 1 HSR 申报及报告表和填表说明	(294)
附录 2 美国律师协会关于联邦并购调查与“进一步审查令” 合规工作的指南	(316)

附录 3	弃权书样本	(342)
附录 4	经济顾问聘用及保密协议样本	(359)
附录 5	关于风险分担的合同条款样本	(361)
附录 6	联合答辩协议书样本	(363)
附录 7	供客户完成 HSR 申报使用的问卷清单样本	(365)
附录 8	第 1746 条项下的声明书样本	(368)
附录 9	联邦贸易委员会/美国司法部管辖确认程序	(369)
附录 10	联邦贸易委员会/司法部关于管辖快速确认程序 的联合声明	(379)
附录 11	进一步审查令范本	(380)
附录 12	针对进一步审查令的内部申诉程序	(393)
附录 13	联邦贸易委员会/司法部关于“快速审查”程序 的联合声明	(395)
附录 14	履行一步审查令的过程中保密特权材料的识别和 保密特权的维护	(396)
附录 15	执法机关信息保密承诺书样本	(409)
附录 16	保护令样本	(415)
附录 17	进一步审查令履行合规通知函样本	(419)
附录 18	延长等待期通知函样本	(420)
附录 19	确定反托拉斯局调查期限的函件样本	(421)
附录 20	含有通知约定的函件样本	(423)
附录 21	撤回申报函与司法机关复函样本	(424)
附录 22	关于放弃保密权、允许联邦执法机关与州检察长 交流保密信息的函件样本	(426)
附录 23	放弃针对其他机关的 HSR 申报保密权的函件样本	(429)
附录 24	包含固定和不固定的交易延长期的函件样本	(431)
附录 25	签发和解令后合规部门的来函样本	(433)
附录 26	《美国法典》第 15 卷第 16(G) 条的申报的样本	(437)
附录 27	并购调查中进行合作的最佳做法	(440)
附录 28	联邦贸易委员会竞争局关于并购救济谈判问题 的声明	(445)
附录 29	司法部反托拉斯局并购救济政策指南	(468)

附录 30	关于并购审查程序的倡议书	(500)
附录 31	HSR 申报中最常见的问题	(505)
附录 32	并购申报制度入门指南之三	(507)
附录 33	FTC 对《克莱顿法》第 7A 条管辖权的起点 标准修订本	(525)
附录 34	HSR 申报表格式	(527)
附录 35	阐明司法部与并购当事方达成的谅解的函件样本	(531)
附录 36	联邦贸易委员会竞争局关于合并调查指南的声明	(533)
附录 37	联邦贸易委员会关于并购案中的和解令条款 的常见问题	(543)
译后记	(561)

第一章 背景

本章对联邦贸易委员会(FTC 或委员会)和美国司法部(DOJ 或反托拉斯局)的并购审查过程进行了概述。这部分概述将为《实务指南》的其他内容打下铺垫。其余内容将按照时间顺序,从交易当事人根据 1976 年《HSR 法》提交申报表之前必须进行的准备工作入手,然后谈到提出申报、初审、进一步审查令的签发与履行的整个审查过程;执法机关律师和经济学家的调查过程;每个执法机关的决策过程;以及是否可能不经过诉讼程序解决执法机关的反对问题。这一章中也谈到了非《HSR 法》项下的并购审查、第三人在并购审查过程中的作用和多法域的审查等问题。

这一章:(1) 介绍了联邦反托拉斯并购审查的制定法依据;(2) 对每个执法机关及其审查程序进行了概述;(3) 讨论了保密问题。这一章结尾处简要概括了(i)《2002 年萨班斯—奥克斯利法》对合并的意义(该法虽然与反托拉斯审查并购有特殊关系,但是对美国的公司监管环境具有重大影响)和(ii)《埃克森—佛罗里奥法》项下的国家安全审查过程(这一过程与涉及国家安全的、外国人对美国企业进行收购有相关性)。

一、制定法法源

(一) 实体制定法

1. 《克莱顿法》第 7 条

规制合并、收购以及合资行为的主要联邦实体法是《克莱顿法》(the Clayton Act)第 7 条。^① 这一条普遍禁止“任何人”实施“可能具有产生大

^① 《美国法典》第 15 卷第 18 条。

幅度减少竞争或者易于形成垄断之效果”的股票或资产收购。几乎对任何“资产”(这里使用的是最广义的概念)收购都可能进入第7条的管辖范围,包括对知识产权、房地产权益和其他合同权利等资产的收购,以及成立合资企业或者合资利益的转让。第7条可以由反托拉斯局、联邦贸易委员会、州检察长以及私人原告执行。^②

对第7条项下适用的实体标准进行全面的讨论超出了这本《实务指南》的范围,请读者参阅多年来形成的大量判例法。^③ 司法部和联邦贸易委员会发布的各种并购执法政策指南和声明对于理解实体并购标准和联邦执法机关对并购的立场也具有很大帮助。^④ 全美州检察长联合会

^② 第7条在1914年最初制定时,只适用于一个公司对另一公司股票收购。多年来的数次修订扩大了第7条的管辖范围,几乎涵盖了任何人的任何股票或资产收购行为。

^③ 要了解对并购审查实体问题的更详细的讨论,见ABA反垄断分会所著的《反托拉斯法的发展(2002年第5版)》[下称《反托拉斯法的发展》(第5版)]和《合并与收购中的反托拉斯问题解读》(2004年第2版)两书。

^④ 此类声明主要是DOJ和FTC联合发布的《1992年横向合并指南》[Horizontal Merger Guidelines, 57 Fed. Reg. 41,551(1992), reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,104(1992)](下称《横向合并指南》)。此前,DOJ曾于1968年、1982年和1984年出台过《合并指南》[Merger Guidelines-1968, 33 Fed. Reg. 23,442(1968), reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,101(1988); Merger Guidelines-1982, 47 Fed. Reg. 28,493(1982), reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,102(1988); Merger Guidelines-1984, 49 Fed. Reg. 26,823(1984), reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,103(1988)]。在DOJ公布《1982年合并指南》的同时,FTC也发布了《1982年关于横向合并的声明》[Statement Concerning Horizontal Mergers, reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,200(1993)]。对理解并购实体法标准和联邦的执法态度很有帮助的还有FTC的《1998年反托拉斯执法国际业务指南》[1998 Antitrust Enforcement Guidelines International Operations, reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,109(1989)];FTC和DOJ的《1995年反托拉斯执法国际业务指南》[1995 Antitrust Enforcement Guidelines International Operations, reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,107(1995)];FTC和DOJ的《1994年关于保健行业的执法政策和分析原则声明》[1994 Statements of Enforcement Policy and Analytical Principles Relating to Health Care, reprinted in 4 Trade Reg. Rep. (CCH) ¶ 13,152(1994)];以及FTC和DOJ官员的讲话,这些讲话有些载于CCH Trade Regulation Reporter第7卷,另有很多可以在反托拉斯的网站<http://www.usdoj.gov/atr>和FTC网站<http://www.ftc.gov>上查到。反托拉斯局和FTC最近也分别发布了关于并购救济的指南。《反托拉斯并购救济政策指南》(Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies),参见网址www.usdoj.gov/atr/public/guidelines;《联邦贸易委员会竞争局关于并购救济谈判问题的说明》(Statement of the Federal Trade Commission's Bureau of Competition on Negotiating Merger Remedies),参见网址www.ftc.gov/bc/best_practices。据预测,这两个机关还会在2005年发布关于《横向合并指南》的联合集注。参见Deborah Platt Majoras在ABA反垄断分会秋季论坛(2004年11月18日)上的发言《联邦贸易委员会的并购及其他施政举措之展望》(Looking forward: Merger and Other Policy Initiatives at the FTC, at pp.5-6),参见网址<http://www.ftc.gov/speeches/majoras/041118abafallforum.pdf>。

(NAAG)也曾发布并购执法指南^⑤,在重要方面与联邦指南存在差异。最后,ABA 反垄断分会也出台了对于律师处理进一步审查过程可能有用的指南。^⑥

简单地说,要适用第 7 条,首先需要确定分析合并的竞争效果时所依据的相关市场的产品范围和地理范围。^⑦ 在分析并购在已经界定的相关市场内的竞争效果的过程中,关键问题是,并购是否会形成或增强市场力量,或者是否会有利于通过协调行为或单方行为行使这种力量。

引起反托拉斯法问题的绝大多数并购是“横向合并”,即相关市场上的直接竞争者之间的合并。在分析横向合并的竞争效果时,起点通常是确定合并各方企业的市场份额以及相关市场内的集中水平。在较早的一些判例法中,这些因素似乎就是分析的全部内容。现在执法机关和法院越来越多地采用了更加复杂的分析方法,与评估合并的竞争效果相关的所有因素都被纳入了考查范围。^⑧ 进入相关市场的难易程度是极为重要的因素。其他重要因素包括:

- 在市场上的产品或企业具有一定趋同性或差别性的情况下,企业是否能够协调定价和/或产量决策,以及该行业内发生过的共谋或其他违反反托拉斯法行为的实例;
- 所涉产品或服务的性质,销售的方式和条件,顾客的买方力量,以及其他市场特征;
- 交易形成的企业是否有能力单方提高价格;
- 交易的一方是否是濒危企业或濒危部门(如果不进行合并很可能退出该行业);

^⑤ NAAG 的指南发布于 1987 年和 1993 年,参见 Trade Reg. Rep. (CCH) 第 4 卷 13,405 条、13,406 条(1993 年)。又见 ABA 反垄断分会的《州反托拉斯法惯例与制定法》(2004 年第 3 版)。

^⑥ 这些指南文本见附件 2。

^⑦ 参见前注^③,《反托拉斯法的发展》(第 5 版)(at pp.317-327)。执法机关的指南见前注^④,这些文件对于理解第 7 条项下的市场界定问题非常有用。

^⑧ 参见前注^④,《横向合并指南》;又见 James A. Keyte, *Arch Coal and Oracle Put the Agencies on the Ropes in Proving Anticompetitive Effects*, *Antitrust Magazine* 76, 85, (Fall 2004); Timothy J. Muris, *Prepared Remarks, Workshop on Horizontal Merger Guidelines Federal Trade Commission/Department of Justice* (February 2004), 参见网址 <http://www.ftc.gov/speeches/muris/040217hmgwksp.htm>。