



经济法文库

Economic Law Library

欧盟并购控制法律制度研究

Study on the Legal System of EU Merger Control

◎ 刘和平 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

D950.229/4

2006

欧盟并购控制法律制度研究

Study on the Legal System of EU Merger Control

◎ 刘和平 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

欧盟并购控制法律制度研究/刘和平著. —北京:北京大学出版社, 2006. 11
(经济法文库)

ISBN 7-301-11145-2

I. 欧… II. 刘… III. 欧洲联盟-经济法-研究 IV. D950.229

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 123459 号

书 名: 欧盟并购控制法律制度研究

著作责任者: 刘和平 著

责任编辑: 徐 音 丁传斌 王业龙

标准书号: ISBN 7-301-11145-2/D·1595

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.pup.cn>

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: 三河市新世纪印务有限公司

经销者: 新华书店

730 毫米×980 毫米 16 开本 24.75 印张 471 千字

2006 年 11 月第 1 版 2006 年 11 月第 1 次印刷

定 价: 42.00 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

《经济法文库》总序

我国改革开放二十余年来的经济法制状况,可以用“突飞猛进”这几个字来形容。仅从经济立法来看,在完善宏观调控方面,制定了预算法、中国人民银行法、所得税法、价格法等法律,这些法律巩固了国家在财政、金融等方面的改革成果,为进一步转变政府管理经济的职能,保证国民经济健康运行提供了一定的法律依据。在确立市场规则、维护市场秩序方面,制定了反不正当竞争法、消费者权益保护法、城市房地产管理法等法律,这些法律体现了市场经济公平、公正、公开、效率的原则,有利于促进全国统一、开放的市场体系的形成。

然而应该看到,建立与社会主义市场经济相适应的法制体系还是一个全新的课题。我们还有许多东西不熟悉,不清楚,观念也跟不上。尤其在面对未来逐步建立起的完善的市场经济时,我们的法制工作有不少方面明显滞后,执法、司法都还存在着许多亟待解决的问题。

二十余年的经济法研究呈现出百家争鸣、百花齐放的良好局面,各种学术观点和派别不断涌现。但总体来说,经济法基本理论的研究还相当薄弱,部门法的研究更是分散而不成系统。实践需要我们回答和解释众多的疑难困惑,需要我们投入精力进行艰苦的研究和知识理论的创新。

在政府不断介入经济生活的情况下,我们必须思考一些非常严肃的问题:政府介入的法理依据究竟是什么?介入的深度与广度有没有边界?政府要不要以及是否有能力“主导市场”?我们应如何运用法律制度驾驭市场经济?

在国有企业深化改革过程中,我们不能不认真研究这样一些问题:国有的资本究竟应当由谁具体掌握和操作?投资者是否应与监管者实行分离?国有企业应当覆盖哪些领域和行业,应通过怎样的途径实现合并和集中?如何使国有企业既能发挥应有的作用,又不影响市场的竞争机制?

加入 WTO 以后,我国经济、政治、社会生活的方方面面都会发生重大影响。我们必须研究:市场经济法制建设将面临什么样的挑战和机遇?在经济全球化

的背景下,我们的经济法制将如何在国际竞争中发挥作用?国外的投资者和贸易伙伴进入我国,我们会提供一个什么样的法律环境?我们又如何采取对策维护国家的经济安全和利益?

面对环境日益恶化和资源紧缺的生存条件,循环经济法制建设任务繁重。如何通过立法确定公众的权利义务,引导和促进公众介入和参与循环经济建设?怎样增强主动性和控制能力,以实现经济发展与环境资源保护双赢,实现利益总量增加?如何发挥法律的鼓励、引导、教育等功能,通过受益者补偿机制,平衡个体与社会之间的利益?

在市场规制与监管方面,如何掌握法律规制监管的空间范围、适当时机和适合的力度?在法律上,我们究竟有什么样的有效规制和监管的方式、方法及手段?对各类不同的要素市场,实行法律规制与监管有什么异同?

.....

我们的经济法理论研究应当与经济生活紧密结合,不回避现实经济改革与发展中提出的迫切需要解决的问题,在观念、理论和制度等方面大胆创新。这是每一个经济法科学研究者与实际工作者应尽的义务和光荣职责。我们编辑出版《经济法文库》,就是要为经济法研究者和工作者提供交流平台。

《经济法文库》的首批著作汇集的是上海市经济法重点学科和上海市教委经济法重点学科的项目成果,随后我们将拓展选择编辑出版国内外众多经济法学者的优秀研究成果。我们坚信,这些优秀成果一定会引起社会各方面的广泛关注,一定会对我国的经济法制建设起到推动和促进作用。

期望《经济法文库》在繁花似锦的法学苑中成为一株奇葩。

华东政法学院 顾功耘

2005年国庆节

序 言

自 1987 年 8 月国务院法制局成立了《反垄断法》起草小组以来,我国反垄断法的起草工作已历时 19 年,该法案相继被列入八届、九届和十届全国人大立法规划,目前已列入全国人大常委会 2005 年、2006 年立法规划,并于今年 6 月提交常委会会议进行初次立法审议。可以预见,作为中国“自由企业的大宪章”、“经济宪法”的《反垄断法》即将出台,作为《反垄断法》重要组成部分的并购控制法也将走进我们的视野。

我国并购控制法的制定需要借鉴国外成熟立法经验,尤其是师法欧美成功之道。刘和平博士的著作《欧盟并购控制法律制度研究》,以 2004 年《欧共体并购控制条例》为主线,采取案例法、比较法、历史法等多种方法,对欧盟并购控制法的发端与发展、并购控制的特征、并购控制的域外管辖权和域内管辖权理论与实践、并购控制实体标准、并购控制模式、审查程序、并购申报的具体内容、调查手段与组织保障、并购控制的司法审查、并购控制的国际冲突与国际协调等进行详细探讨,并结合我国立法现状和反垄断法草案进行分析,提出有益的立法建议。比如,在并购控制法的域外管辖方面,作者指出,应推行合理管辖原则,同时配套国家安全审查制度,并采取对等原则,以确保我国企业境外并购获得东道国的国民待遇。在经济全球化、一体化背景下,民族国家或区域性组织通常会以各种形式参与国际竞争。获取政府支持,利用国家贸易力量参与谈判,是跨国并购成功的重要保障,这是欧美经验,我国也有必要效仿;在并购控制的司法审查制度上,作者在对比欧盟行政型与美国司法型制度后指出,基于与我国行政诉讼法接轨及提高司法审查效率的需要,我国应采取行政型,且应引入快速程序;在反垄断主管机关设置上,在比较欧盟单一机构与美国双重机构后,指出设置单一执法机关是时代发展潮流,同时应借鉴美国和欧盟按行业分工监管的经验;在产业政策与竞争(并购控制)政策关系上,在吸取欧盟对波音并购麦道案、GE 并购 Honeywell 案的执法经验基础上,作者指出,在并购审查时,竞争政策可以为优化

我国产业结构服务,对关乎国计民生、国家安全、国家支柱的产业实行产业政策优先原则,而对竞争性行业实行竞争政策优先原则,根据“做大做强不是罪,只有称王称霸才是罪”的原则进行并购控制;由于欧盟并购控制坚持“严重损害有效竞争”标准,除参酌市场份额外,还需综合考虑协同效果、单边效果、市场准入、并购效率及破产抗辩等因素,因此并购控制不会对提高产业集中度造成障碍,反而有利于维护市场有效竞争秩序。这些观点回答了跨国并购及并购控制中遇到的许多疑问,具有相当高的理论价值和实践意义。本书所运用的研究方法有利于我国反垄断立法在借鉴欧盟最新并购控制法律制度时,扬弃吸收、有的放矢。

多年来,刘和平博士致力于欧盟并购控制法律制度的研究,一直注重直接占有第一手最新外文资料,密切关注欧美最新并购控制法的发展动态,加上他参与过跨国并购实务,更使读者对本书感觉亲近与自然。本书中的有关研究成果已在《法律科学》、《证券市场导报》、《国际经济法学刊》等刊物上发表。基于此,作者在将博士论文加以增补、准备付梓之际,邀请我为之作序,我非常乐意将该研究成果向大家推荐。鉴于并购控制是我国一项崭新课题,国外有关并购控制立法及实务亦不断发展,希望刘和平博士以此为契机,再接再厉,多出成果。

中国国际私法学会副会长

上海市人大法制委副主任

华东政法学院教授、博士生导师

丁 伟

2006年7月22日于华政园

内容摘要

本书主要以2004年5月1日开始实施的《欧共体并购控制条例》为参照物,以欧盟并购控制过程中坚持有效监管与以人为本理念相统一、以维护有效竞争与权利保护原则相统一作为贯穿始终的红线,构建全文的结构体系。除引言和结束语外,共七章。前六章探讨欧盟并购控制法律制度的历史沿革、立法体系、基本概念、特征、管辖权理论、实体标准、程序控制法、司法审查、国际冲突与协调,第七章立足中国国情,并借鉴欧盟经验,提出有关立法建议。

第一章,欧盟并购控制法律制度概述。本章从历史发展视角对欧盟并购控制立法的四个发展阶段进行细致入微的梳理,对2004年欧盟并购控制立法改革的动因给予详尽阐述,对改革主要内容进行概括性介绍,对欧盟并购控制立法面临的挑战予以归纳,对欧盟并购控制立法体系的演变进行勾勒,揭示欧盟并购控制法从无到有、从疏漏到缜密、从注重监管效率到尊重并购当事人权益的发展历程。如果说前三节主要从宏观上进行分析,第四节则转入微观解构层次,对欧盟并购的含义、构成要件、类型、除外规定进行深入阐释,并采取横向比较方法逐一指出欧盟并购概念的不足。最后,对欧盟并购控制的特征——“一站式”(one-stop shop)、集中式的并购控制制度进行论述,并概述并购控制两大核心内容:有关竞争性分析的实体控制法和保障实体评估实现的程序控制法。

第二章,欧盟并购控制管辖权制度。管辖权理论(jurisdiction theory)既涉及国际法(对外)也涉及国内法(对内)。对外层面主要涉及欧盟并购控制法的域外适用。为保护欧共体市场有效竞争,欧盟并购控制法超越欧盟地域界线得到广泛适用,形成无限的域外管辖权。欧盟委员会及法院以客观属地管辖原则为基础,大肆推行“单一经济实体论”(single economic entity)、“效果原则”(effects doctrine)及“履行地”(the place of implementation)标准,对主要经营行为地位于欧盟之外的并购行使管辖权,并招致国际冲突。本章对欧盟并购控制法域外管辖所引起的问题、判例及对策进行一一分析。对内层面主要涉及一个并购案件

究竟是由欧盟委员会审查还是由成员国管辖,即欧盟与25个成员国之间的管辖权如何实现最优分配。这是一般国家并购控制法所没有的内容,成为欧盟并购控制法律制度的特色,将对国际并购控制立法提供有益的参考。

第三章,欧盟并购控制法核心——实体标准。实体标准是整个并购控制法体系的核心。2004年5月1日开始实施的《欧共体并购控制条例》确立了“严重损害有效竞争”实体标准。该标准是在滥用支配性地位标准和市场支配性地位标准基础上发展起来的,与“市场支配性地位”这一市场结构型标准相比,适用范围更广,且有利于与美、英等国奉行的“实质性减少竞争”标准相一致。本章对欧盟SIEC标准(significant impediment on effective competition)与美国SLC标准(substantial lessening of competition)进行了横向比较,揭示并购控制实体标准的发展趋势;对欧盟并购控制法实体标准最重大的发展——单边效果理论的内容、认定、实践进行探讨和分析。最后,本章对欧盟并购控制实体立法的主要特点进行概括。

欧盟并购控制法是实体法和程序法的有机统一体。在第四章欧盟并购控制的程序性制度中,本书对并购控制模式、审查程序、并购申报的具体内容及调查手段及组织保障、程序违法责任等程序法内容进行详细研讨。通过研究,可以发现程序法除起到将并购控制实体法付诸实施以遏制并购反竞争性的功能外,其中保障听证权和申辩权为宗旨的正当程序、并购审查的两个阶段及审查期限、发布完整申报表格和简式表格、竞争总局内部结构改革等,无不是围绕提高并购控制效率、增强透明度、尊重并购时效、保护当事人合法利益来展开,充分体现了“权利与效率并重”的并购控制程序立法模式。^①

有效的并购控制离不开司法审查,因为司法审查是一种经常性的、局外的、有严格程序保障的、具有传统权威性的最主要监督方式。本书第五章探讨欧盟并购控制中的司法审查的法律根据、管辖范围、法律后果、作用、近况及原因、特点及缺陷、改革争论及立法建议,从而对欧盟并购控制司法审查进行全方位的研究。欧盟事后型司法审查制度越来越受到人们的重视,但它存在过于尊重行政自由裁量权、司法审查标准比较严格、司法审查标准范围比较窄、司法审查时间太长、新引进的快速审查程序仍存在诸多缺憾等不足。目前,对欧盟是否应采取美国事先型司法审查制度存在着巨大的分歧,但不断提高司法审查在并购控制中的作用是改革方向。

^① 根据对各国行政程序法的研究,行政程序法主要有两种立法模式,一种是“权利模式”,侧重保障公民的程序性权利;另一种是“效率模式”,侧重提高行政效率。参见应松年、肖凤城:《制定我国行政程序法的若干基本问题》,载中国人民大学宪政与行政法治研究中心编:《宪政与行政法治评论》(创刊号),中国人民大学出版社2004年版,第17页。

第六章,欧盟并购控制的国际冲突与协调。随着制定竞争法及并购控制法国家的不断增多,各国为了各自的主权利益,日益推行域外管辖,其结果是造成并购控制法的冲突与对抗。对此进行国际协调是大势所趋。欧盟竞争法服从于一体化及产业政策,并购理论尤其是混合及纵向并购理论上的创新,如扩大组合力量效应(portfolio power theory)、创造性适用搭售理论(tying theory),以及并购控制立法上的差异,都直接导致欧美在并购控制上的矛盾。在并购控制的国际协调方面,欧盟与美国之间进行的双边合作备受世人称道。在多边趋同化协调上,欧盟积极参与ITO、WTO、OECD、ICN、国际商会、联合国等国际组织,推动着国际并购控制“软法”(soft law)的不断出现,为缔结国际统一反垄断法奠定了坚实的基础。此外,欧盟与欧洲自由贸易联盟在竞争法上的国际合作开创了“最合适地”或“主要管辖地”模式(the best placed or the lead jurisdiction approach),成为处理跨国并购案件值得效仿的典范。

第七章,我国并购控制法律制度的完善——以欧盟并购控制法律制度为借鉴。本章是在分析我国并购控制立法现状基础上,对欧盟及其他国家或地区(美国、德国、日本及我国台湾地区)并购控制法的辩证吸收。第一节从反垄断法角度对我国现有并购法律制度进行详尽分析,并指出《外国投资者并购境内企业规定》以及反垄断法草案有关并购控制立法的不足。正如国家工商总局报告所指出的,目前人们对并购控制法的重要性认识不足,因此,第二节从解决“马歇尔冲突”(Marshall's Dilemma)、外资大举并购国内龙头企业及中国企业海外并购三个角度,论证我国开展并购控制立法的必要性,以防范并购对市场有效竞争造成严重损害。第三节是对前面六章具体内容进行的本土化移植,分别对我国并购控制立法的立法模式及有关基本问题、管辖权理论、实体标准、程序性制度、司法审查、国际协调进行回应式的论述,并提出具体立法建议,以求师法欧盟的先进立法经验和实践成果,为我所用。

目 录

引言	(1)
第一章 欧盟并购控制法律制度概述	(15)
第一节 欧盟并购控制立法沿革及最新修改	(15)
第二节 欧盟并购控制立法面临的挑战	(37)
第三节 欧盟并购控制立法体系	(40)
第四节 欧盟并购与并购控制	(42)
第二章 欧盟并购控制管辖权制度	(69)
第一节 国际法上管辖权基础以及欧盟并购控制法中的 属地原则	(69)
第二节 欧盟并购判例法上的域外管辖权	(95)
第三节 欧盟并购控制管辖权移送制度	(114)
第三章 欧盟并购控制制度核心	
——实体标准	(134)
第一节 欧盟并购控制实体标准的历史沿革及内涵	(134)
第二节 严重损害有效竞争标准与支配性地位标准的比较	(143)
第三节 SIEC 标准与美国 SLC 标准之趋同	(147)
第四节 欧盟并购控制实体标准的重大发展	(151)
第五节 欧盟并购实体立法的主要特点	(162)
第四章 欧盟并购控制的程序性制度	(166)
第一节 各国及欧盟并购控制模式	(166)
第二节 欧盟并购控制审查程序	(171)

第三节	并购申报的具体内容	(186)
第四节	欧盟并购审查程序的调查手段及组织保障	(204)
第五节	违反并购控制程序制度的法律后果	(208)
第五章	欧盟并购控制中的司法审查	(212)
第一节	欧盟并购控制中司法审查制度的法律根据	(213)
第二节	并购控制司法审查的管辖范围	(214)
第三节	对欧盟委员会并购决定提请司法审查的主体	(221)
第四节	司法审查的法律后果	(224)
第五节	欧盟并购控制司法审查的作用	(225)
第六节	欧盟并购诉讼的近况及原因分析	(231)
第七节	欧盟并购控制司法审查的特点及缺陷	(236)
第八节	欧盟并购控制司法审查面临的挑战	(242)
第六章	欧盟并购控制的国际冲突与协调	(246)
第一节	并购控制国际冲突的本质及协调的必然性	(246)
第二节	欧盟并购控制国际冲突的原因	(251)
第三节	欧盟并购控制的国际协调	(262)
第四节	欧盟与欧洲自由贸易联盟在竞争法上的国际合作	(278)
第七章	我国并购控制法律制度的完善	(293)
——	以欧盟并购控制法律制度为借鉴	(293)
第一节	我国并购控制法律制度的现状及不足	(293)
第二节	建立和健全我国并购控制法律制度的必要性	(322)
第三节	欧盟并购控制立法的启示与借鉴	(332)
结束语		(367)
参考文献		(370)
后记		(383)

引言

一、选题目的和动机

并购是国际企业、全球金融大鳄不断扩张版图的法宝。2000 年全球 500 强中排名第 55 位、欧洲 15 家最大的金融机构之一的比利时富通集团,北美前 10 大银行之一的蒙特利尔银行,都是众多外资中令人瞩目的金融骄子。2001 年中国加入 WTO 之前,它们便到中国寻找商机和合作伙伴,并与中国注册资本最大的券商海通证券在基金管理业务上开展合资业务。随后,富通集团与海通证券合资成立海富通基金管理公司,海通证券持股 66.67%,富通持股 33.33%;蒙特利尔银行通过定向增资方式参股富国基金管理有限公司,并从其他大股东手中收购部分股权,持有富国基金公司 27.775% 的股权,成为与海通证券、申万证券并列的第一大股东。本文作者有幸参加了这两起跨国并购,并代表海通证券全程参与蒙特利尔银行并购富国基金公司的谈判、方案设计、协议草拟等一系列工作。在与外方谈判过程中,笔者发现双方争议焦点之一就是对合资公司控制权的争夺。外方极力要求在《股东间协议》中明确:在中国 WTO 金融服务开放承诺表中规定的第一时间内,外方有权单方增资至法律允许的最大比例限度(49%),同时要求在公司章程中约定,对于公司的财务预算和决算方案、利润分配方案、对外重大投资事项等必须由 3/4 的表决权通过,董事长和总理由中外双方轮换。外方的这些要求无非是要在合资公司中力争更多的话语权。在中国对外资比例存在限制(2005 年之前不得超过 33.33%)的条件下,外方主要争夺合资公司的话语权,要求股东会的主要议案都以 3/4 表决权比例通过,从而使外方享有“否决权”(veto right),实现对合资公司的共同控制(joint control)。无论是通过增资或收购方式获得合资公司的控制权还是中外共同控制,都属于反垄

断法上并购的范畴。^① 这让作者对并购产生了直观的认知。

2002年,国际五大会计师事务所安达信因涉嫌虚假编制上市公司报表而破产,其审计、咨询等业务最终被并购。安达信在中国的子公司也于2002年7月1日自动并入国际第一大会计师事务所普华永道。由于普华永道在中国市场已占有比较高的市场份额,这样并购后的新会计师事务所在国内市场的市场份额将大幅提高,可能影响中国会计服务市场的有效竞争。如果该并购案发生在欧盟或美国,普华永道应向有关并购主管机关进行反垄断申报,然而在我国却不需要。当然,由于该案属于美国、欧盟并购控制法上的破产抗辩理由,可得到许可。

事实证明,普华永道并购安达信中国香港和内地业务后,在我国的市场份额遥遥领先。根据中国注册会计师协会《2004年度会计师事务所全国百家信息》统计,^②按照年度业务收入计算,普华永道、毕马威、德勤和安永四大会计师事务所分别排名前四位,共20.3971亿元人民币,占前100强的39.02%,其中普华永道业务收入9.0233亿元,占17.26%的市场份额,继续位居第一,是排名第二的毕马威的两倍多。^③ 相比之下,国内会计师事务所势力较弱,年收入超过1亿元的只有上海立信会计事务所一家。此外,中国证监会要求上市公司首发及再融资时,财务报告除国内会计师事务所进行法定审计外,还必须由国际四大所进行补充审计,许多地方政府及银行在企业申请贷款时也明确要求应由四大所审计,大型企业海外上市项目完全被四大所垄断,而不能像其他国家那样,国内外事务所进行联合审计、双重审计,这些超国民待遇都加剧了国际四大所在我国的优势地位。尽管国际四大所的收费高昂,但在2002年一千二百多家上市公司审计业务中,四大所审计的资产业务仍占40%,而且拥有许多高端客户(如中国人寿、中国网通、中行、建行、工行等),中国企业境外上市的业务更为四大所垄断,而这些行业又常常是中国的关键性产业,如能源(中石化、中石油、中海油)、金融(中国人寿、交通银行、中行、建行和工行)、电信(中国移动、中国电信)、制造业(宝钢)等。通过审计,国际四大所可以获得中国关键性行业的一线保密信息,

① 这种情形属于并购控制法上“取得控制”类型的并购。不过,属于并购的合资公司不一定就因具有反竞争性而遭禁止。是否具有反竞争性还取决于有关企业的市场份额、可抵消因素、市场进入、破产企业、效率抗辩等因素,但这属于并购是否具有反竞争性的实体评估范畴,是在确定合资企业是否构成一项并购后的分析内容。

② 参见《2004年度会计师事务所全国百家信息》, <http://www.cicpa.org.cn/ReadNews.asp?ID=6298&BigClassName=70&SmallClassName=>, 2005年3月21日访问。

③ 由于业务收入排在最前面的百家事务所业务收入合计数占全行业当年总收入的40%左右,因此普华永道的整个会计市场份额比例为6.9%。

使得国家重大商业秘密存在外泄风险,甚至会危及国家安全防御系统。^①同时,2001年,安永与当时中国最大的会计师事务所大华合并,成立安永大华。2005年3月19日,国内“天健系”^②之一、2004年排名第25位的北京天健会计师事务所与德勤签订了合并协议,德勤于2005年6月1日对北京天健进行业务和人员的全面合并,从而展开了对国内规模最大的会计师事务所集团进行并购的活动。^③同时,德勤对浙江天健和厦门天健的收购正在展开,对深圳天健的合并已于2005年完成。^④可以预见,四大所在中国的市场集中度将不断提高,甚至会向英国、美国、德国、加拿大、日本、印度、南非、爱尔兰、我国香港地区80%以上的上市公司审计业务都由国际四大所完成的状态接轨。如果按照美国标准,国际四大所所进行的并购应进行反托拉斯申报,但在我国,这似乎并不重要。

在我国引进外资过程中,人们更多地关注引资功能,很少有人从竞争法角度思考并购问题,因为我国对并购的垄断性关注不够,即使有少量部门规章,但因缺乏可操作性和究责机制,也鲜有人问津。不过,并购也好,合资也罢,其反竞争性不可忽视。比如,具有市场支配性地位的国际两手机巨头生产商为减缓或消除在中国的竞争,而将两公司生产手机某一核心配件的部门共同剥离后在中国设立一家合资企业,各占50%的股权和表决权,同时约定,它们在中国不再生产该核心配件,所有核心配件都由该合资企业以成本价加微利的价格提供,而且合资公司不得对中国第三者竞争企业供货或者出售价格要远高于向两母公司企业提供的价格。在该案例中,设立合资企业行为就属于具有均等表决权的共同控制,属于并购。同时,由于该合资企业本质是协调两跨国巨头手机生产商在中国的竞争活动,并且在该核心配件行业禁止母公司再进入,具有在两跨国巨头手机生产商之间消除竞争及阻止潜在竞争者进入的反竞争性,而且合资公司配件对第三方竞争对手实行拒绝供货和价格歧视,都是典型的滥用优势地位的行为,构成在国外人人喊打的恶性卡特尔。这些具有严重反竞争性的行为,应加以规制。

其实,境外国际巨头通过并购境内企业实现其全球战略布局的步伐从未停止过,美国凯雷出资3.75亿美元收购徐工集团持有的85%的徐工机械股份,德

① 相同观点参见刘吉:《企业领袖的眼睛要关注并购》, <http://www.mergers-china.com/redianjujiao/ruhtdetail.asp?id=553>, 2005年6月15日访问。

② 根据中国注册会计师协会《2004年度会计师事务所全国百家信息》,“天健系”进入全国100强的有浙江天健(第13位)、北京天健(第25位)、重庆天健(第57位)、深圳天健(第66位)、辽宁天健(第71位),五家所共计收入1.6552亿元(未包括厦门天健)。因此天健会计师事务所集团成为国内名副其实的的第一大所,收入超过上海立信会计事务所(1.136亿元)。

③ 参见韩瑞芸:《德勤兼并北京天健,四大会计行加速圈地》,载《21世纪经济报道》2005年2月24日第19版。

④ 参见尹涛、陈雪:《德勤攻势》,载《中国证券报》2005年7月29日第A19版。

国舍弗勒出资 11 亿元收购洛轴集团,法国炊具巨头 SEB 斥资 23.72 亿元收购苏泊尔 52%—61% 的股权,全球最大的钢铁公司米塔尔并购华菱管线 36.67% 的股权,法国阿尔卡特通过并购取得上海贝尔阿尔卡特公司的控制权,佳通集团收购桦林轮胎 44.4% 的股权等,都以抢占国内相关行业控制权为目标。通过并购,获取市场支配性地位的案例也偶有出现,比如柯达胶卷通过“98 协议”,几乎完成了对中国感光材料的全行业收购,市场份额占 50%,2003 年 10 月又通过柯达(中国)公司控制国内唯一一家生产感光材料企业——乐凯的 20% 的股权,进一步增强其优势地位。^① 因此,在通过并购引进外资的同时,固要取其利,更要避其害,防止并购对市场竞争及国家安全造成严重危害。如何防止跨国公司通过并购蜕变成“一头垄断野猪”,损害国内市场的自由竞争,值得我们从理论上进行探讨。

2004 年国家工商总局发布的《跨国公司在华限制竞争行为研究报告》指出:在企业并购方面,“目前突出问题是,跨国公司并购对我国市场竞争的影响尚没有引起足够的重视”^②。同时,该报告充分揭示了跨国公司在华进行的一些限制竞争行为,但我国现有法律却只能望之兴叹。该报告的发表引起了社会广泛的关注和讨论,完善中国反垄断立法刻不容缓。

随着后股权分置时代的到来,原先的非流通股股东(主要是控股股东)不关心股价的现象将大大改观,除享有重大决策和选择管理者等控制权利益外,控股股东作为所有者所享有的资产受益权与流通股股东完全一致,它所持股权的价值与中小散户股票的价格同沉浮、共涨跌,股价上升,它所持股权价值也随之上升,反之,则不断缩水。市值被低估和经营惨淡的公司,面临着接管市场上敌意收购的危险。公司的成长性及盈利能力是影响股价的决定性因素。当公司内生成长遭遇瓶颈而影响公司股价时,公司管理层及股东通常都会通过并购寻求新的利润增长点,或者通过并购剥离不良资产,让公司整装出发。据统计,20 世纪 90 年代美国大多数横向并购都是由于股价的长期低迷所引致。股票的全流通,将有利于使并购日益成为证券市场催生企业航母的手段。作为优化社会资源配置的工具,并购将越来越频繁,企业规模将不断随之增大,企业竞争力和市场占有率将日益提升,但这能否产生反竞争性的并购,如何防范和应对,值得探讨。

显然,并购所引发的企业规模经济与市场竞争之间存在着“马歇尔冲突”,尽管熊彼特“技术变革的力量源于大企业”、“杀掉这只产金蛋的鹅是愚蠢的”的

① 参见蔡一飞:《柯达为何被点名?》,载《21 世纪经济报道》2004 年 5 月 17 日第 23 版。

② 转引自国家工商总局公平交易局反垄断处:《在华跨国公司限制竞争行动表现及对策》,载《工商行政管理》2004 年第 5 期,第 43 页。

观点在美国得到了普遍赞同,但是“大并非美”,并购所产生的经济力的过度集中会催生垄断,从而对市场正常竞争产生破坏性影响。美国著名经济学家萨缪尔森说,“在企业变成一头垄断的野猪时,就应该防止它到处乱撞”^①。在我国无法可依或有章难依的条件下,^②在强调并购所带来的优点的同时,千万不可忽视并购的副产品,应防止企业通过并购蜕变成为一头头“垄断野猪”。19世纪末20世纪初,美国托拉斯组织掀起第一次并购浪潮,导致产业和资本的过度集中以及垄断势力的滥用,严重威胁着广大中小企业的生存,引起了社会民众的严厉批评和深度恐惧。随后,美国分别于1890年、1914年出台《谢尔曼法》、《克莱顿法》和《联邦贸易委员会法》,对并购所引起的经济力过度集中进行干预,但有些矫枉过正,很长一段时间“大就是坏”成为美国人耳熟能详的反对并购的座右铭。直到80年代,该观点才得到纠正,不再采用市场份额标准一刀切,而是进行经济分析来评估并购的反竞争效果。为避免重蹈美国规制并购的覆辙,少走弯路,我国在鼓励产业集中的同时,应尽快制定并购控制法,防范并购对市场有效竞争的破坏。

借助并购,我国企业可以突破内涵式扩大再生产的羁绊,尽快实现规模经济效益,甚至绕过他国严密的贸易壁垒,开拓域外市场,抢占日益紧缺的不可再生资源,获取现成的市场销售渠道、技术及品牌,这也正是联想斥资12.5亿美元并购IBM个人电脑事业部、中海油拟以185亿美元并购美国优尼科、中海集团出资14.6亿美元并购加拿大太平洋航运、海尔出价22亿美元并购美国家电巨头美泰克、五矿集团拟出资50亿美元并购加拿大最大的矿业公司Noranda、上汽集团并购韩国双龙汽车和英国罗孚汽车、TCL并购德国施耐德公司及法国阿尔卡特手机业务和汤姆逊彩电业务、京东方并购韩国HYDIS的液晶显示器技术以及中国企业在2004年并购278家德国企业的动机之所在。不过,中国企业海外并购之路并非一帆风顺,欧美风行的并购规则,在中国企业身上,却屡屡变卦。2004年五矿集团并购加拿大Noranda最终铩羽而归;2005年7月20日,面对Ripplewood、惠尔普的竞购,海尔宣布放弃参与竞购;2005年8月3日,面对美国政治上前所未有的反对声音,面对要求取消或更改美国外国投资委员会多年来行之有效的涉外并购国家安全审查程序的政治干涉,尽管中海油超出雪佛龙公司的竞价约10亿美元,但仍不得不撤回并购优尼科的报价;即使是最终如愿以

① [美]保罗·A. 萨缪尔森、威廉·D. 诺德豪斯:《经济学》(第十二版),高鸿业等译,经济科学出版社1985年版,第83页。

② 目前,我国从竞争法角度规制并购行为的立法只有国家四部委发布的一部行政规章,但该规章对并购控制的管辖权、申报制度、实体标准、程序问题、处罚等方面都存在着严重的不足,无法满足对日益增多的并购进行监管的需要,实践中依据该规章进行申报和审查的情形非常少。