



首页>>学术活动>>学术会议

统一规制跨国兼并的欧洲经验

来源:王中美

时间:2007-6-9

阅读:244

内容摘要: 从1989年欧共体兼并规制法起草时起, 欧委会一直将之视为另外一项“重要的确保欧共体内竞争不受扭曲的机制”, 它服务于欧洲市场统一化的宏观目标。欧共体兼并规制法的目的, 是允许从集中化活动对共同体市场的竞争结构的影响出发, 对所有这些集中化活动进行有效的控制, 并且它是适用于这些共同体幅度的集中化活动的惟一机制。欧共体的“一站式审查”经验为更合理地规制跨国兼并提供了很好的范例。

关键词: 欧共体 统一竞争法 兼并规制

作者简介: 王中美, 法学博士, 上海社会科学院世界经济研究所副研究员。

20世纪90年代以来, 随着贸易壁垒的逐渐拆除和国际市场的不断整合, 国际上掀起了兼并与收购的高潮[1]。而且这些兼并与收购跨国特征明显, 涉及金额巨大, 即使是同属一国的企业之间的兼并, 有些对全球市场也造成巨大影响, 所以这个时期也新增了30多部国内兼并审查法规[2], 美、欧、加等活跃的老牌竞争执法机构所审查的兼并案数量也激增[3], 表明兼并已经引起越来越多国家的重视。但是这也意味着越来越多的干预力量进入跨国兼并领域。

各国法律规定的审查标准不同, 各执法机构主观判断背景和能力也有很大差异, 这种不同和差异为跨国兼并的进行设置了很大的障碍。另一方面, 各国所要求的事前通报程序的繁琐和重复, 也使兼并的动力大为下降。如何规制跨国兼并, 使之成本降低, 成为国际社会共同的命题, 但各种协调和统一努力至今收效甚微。而欧共体兼并规则却提供了一个很好的统一规制的范例, 尽管其适用范围是区域性的, 许多经验却可在多边层面加以借鉴。

一、欧共体对共同体内跨国兼并的统一规制

1990年9月21日之前, 欧共体竞争规则中并无规制兼并的内容, 但这并不意味着欧洲的兼并行为被放任自由, 它们实际上由各国竞争法[4]分别加以规制, 有时可能还是重复规制。1989年12月21日通过的欧洲理事会第4064/89号规定, 建立了一项对具有共同体幅度 (community dimension) 的兼并、收购或其他形式的集中化 (concentration) 行为的审查和限制制度, 这项规定被简称为EMCR (European Merger Control Regulation, 欧洲兼并规制法)。

ECMR的制定基于以下三方面的认识: (1) 欧共体内各成员国之间国境的消除, 正导致也将继续导致欧共体内企业间的重组和整合, 特别是以兼并方式进行的集中化[5]; (2) 兼并以及其他形式的集中化, 是符合活跃竞争的要求, 能够增强欧共体市场的竞争性, 提高欧共体内经济增长条件和生活标准[6]; (3) 尽管很多兼并能够带来经济上的得益, 仍需确保重组的过程不会导致对竞争的持续性的损害... 欧共体法律因此必须包括规制那些在共同体市场或其重要部分的市场上可能严重妨碍竞争的集中化活动的法条[7]。ECMR的目的, 是允许从集中化活动对共同体市场的竞争结构的影响出发, 对所有这些集中化活动进行有效的控制, 并且它是适用于这些集中化活动的惟一机制。[8]

2003年11月, EMCR被欧洲理事会第139/2004号规定重新修改, 新的ECMR于2004年5月开始实施。这

次修改的幅度很大，主要修改内容包括：建立在“对有效竞争的重大阻碍”这一概念基础上的新的实体标准；对兼并审查的更灵活的时间表；兼并程序上更强化的一站式概念；强化的欧委会执法能力。但是最初制定ECMR的基本准则，并未改变，而且被宣称为是加强了。

EMCR被认为提供了一种便捷的“一站式（one-stop-shop）”审查程序[9]，在EMCR规模底限以上的所有交易都提交欧委会，而底限以下的则由各成员国自行依国内法审查。在一些特殊的情况下，成员国可以请求欧委会将某项交易的审查转交给国内机构，也可以要求将国内审查的某项交易（不具有共同体幅度）提交欧委会[10]。

依照EMCR，如下情况可以判定交易具有共同体幅度：

(1) 兼并当事各方全球营业额加起来大于50亿欧元；每个兼并当事人或者至少两个兼并当事人在欧盟境内取得的营业额大于2.5亿欧元；除非每个兼并当事人在欧盟境内的营业额的2/3以上是在同一成员国境内取得的[11]；或者

(2) 兼并当事各方全球营业额加起来大于25亿欧元；在至少三个成员国的任何一个，兼并当事取得的营业额加起来大于1亿欧元；在该三个成员国中的任何一个，兼并当事人中至少有两个当事人取得的营业额各自大于2.5千万欧元；至少有两个当事人在欧共同体境内取得的营业额各自大于1亿欧元；除非每个兼并当事人在欧盟境内的营业额的2/3以上是在同一成员国境内取得的。

EMCR第9条授权欧委会可以应成员国的请求，将一项具有共同体幅度的兼并交由某一成员国审查[12]，条件是：

(1) 该项兼并可能严重影响该成员国内某一市场的竞争，该市场具有一个独特市场的全部特征；或

(2) 该项兼并已经影响到该成员国内某一市场的竞争，该市场具有一个独特市场的全部特征，但是并不构成共同体市场的重要部分。

有时，欧委会将一项兼并的部分交由某一成员国审查，这就有可能产生冲突的结论[13]。

相应地，不具有共同体幅度的兼并案如果影响到成员国之间的贸易，并且可能严重影响成员国内的竞争，那么成员国可以将案件提交欧委会审查。如果一项兼并依照各国竞争法可以在至少三个以上的成员国受到审查，为了简便程序，EMCR也允许兼并当事人向欧委会提出请求，由欧委会确定是否向各成员国要求提交案件，如果涉案成员国无异议的，该项兼并就被视为具有共同体幅度，应当通报欧委会。

二、对欧共体“一站式审查”的评价

EMCR创立的“一站式”审查，被认为极大地便利了欧共同体市场内的跨国兼并，从而提高了效率，也为当事人节省了成本。所谓“一站式”审查，是相对于在EMCR之前各成员国分别审查的情况而言的。显然，在EMCR适用的跨国兼并案件中，原先多个成员国审查可能导致程序重复、成本较高，现在由欧委会统一审查，不仅节省了时间、费用、人力，而且提高了标准的统一性，加强了案件审查结果的可预见性。在2004年EMCR修改中，赋予欧委会更大的裁量权等改革，使得这种“一站式”审查的特征得到了加强。

2004年EMCR的一项重要变化，是赋予欧委会更大的裁量空间和更高的权力范围。这包括：欧委会对未能提供充分和正确信息的程序违法[14]的当事人可以加诸的罚金额度提高到相当于全部营业额的1%；延长两个阶段的决定作出的时限；更灵活的案件下移至成员国或上提至欧委会的裁量标准；允许欧委会可以要求当事人自行评估兼并合同中包含的附属限制条款，如不与母公司竞争条款或排他交易条款等[15]。

实际上，尽管有很多优势，“一站式”审查仍然存在一些问题，引起过争议。在一些已有的案件中，成员国对欧委会的决定相当不满，如梅德塞斯·奔驰对Kässbohrer的兼并案，德国十分反对欧委会的放行的决定。通过这次兼并导致奔驰在德国客车行业的独家垄断地位，即占有德国74%的城际巴士和54%的旅游客车的生产，而在欧共同体市场的份额也上升为41%和35%。欧委会认为，潜在竞争，特别是来自欧洲以外的潜在竞争十分充分，所以可以批准该项兼并。欧委会的此项决定受到了猛烈抨击，因为当时的情况表明欧洲以外的客车生产商在欧共同体市场内占有的份额很小，进入可能性不大。德国垄断委员会指出，在德国市场上奔驰的主要竞争对手Neoplan虽然占有旅游客车市场的26%，但其80%的发动机是

从奔驰购入的，而另一竞争对手曼恩只占旅游客车市场的4.3%。德国垄断委员会认为，在根本就不存在对奔驰的有效竞争的情况下，几乎无法理解欧洲委员会关于潜在竞争效果的乐观估计。

由此案可以看出，欧委会对于潜在竞争的关注越来越多，甚至可以因此否定明显形成和加强市场主导地位的对竞争的局限性影响。从某种意义上来说，欧委会比德国垄断委员会更关注欧洲企业在欧洲外的竞争力问题，近些年在受到来自美日等国家的竞争压力后，这种利益考虑的趋势更加明显。从法律角度来说，欧委会与成员国执法机构此类争议产生的主要原因是：欧委会考察的是兼并对欧共同体市场的影响，而成员国考察的是兼并对本国市场的影响，因此对当事人的市场份额界定就有所差别，而且对现有竞争强度和潜在竞争的评价都因此有所差别，导致完全相反的结论。

但是，从2004年EMCR的修改来看，已经出现的此类争议，并不能推翻欧委会“一站式”审查带来的统一标准、统一执法的益处。在欧洲进一步走向统一化的进程中，各成员国都基本接受了这种让渡执法权、认同统一性结论的要求，即使这种接受可能表现在具体个案中是有违其利益或观点的。所以，应当说，欧共同体兼并规则代表的是人类历史上出现的到目前为止最有效的超国家兼并规制法，欧委会及欧洲两级法院的执法和司法则是对跨国兼并进行统一审查的惟一实践。

欧共同体竞争法的首要目标是促进各成员国经济的融合以达成“单一共同市场”，其次才是促进共同体内的有效竞争^[16]。欧共同体竞争法一开始就被纳入到融合欧洲市场的统一化目标下，它服务于消除国家间市场壁垒、实现市场经济现代化的需要。竞争法要求消除私人设置的市场壁垒，在消除国家和政府设立的边境壁垒后，这是彻底实现市场统一和自由化必不可少的步骤。《欧共同体条约》的目标是实现在共同体内货物、人员、服务和资本的无障碍流动，必然要求肃清市场内外的限制性做法，因此竞争法的地位十分重要。另一方面，在维持国家间的平衡、维系国家间合作，特别是稳定法德之间的竞争关系上，竞争法又有着政策性的使命。但是也正因为欧共同体竞争法担当的诸多角色，它被评价为更多的是一种工具，而不是一项目标。服务于统一化的需要又可能淡化它应有的经济职能，最终使竞争规则作为一项政策，在与统一化目标相权衡时可能退让次居；或者说，欧洲执法机构在必要时会为了欧洲统一的考虑而降低竞争规则的执行力度或在个案中放弃竞争意旨，而优先选择工业、货币和文化统一政策^[17]。

三、多边层面上的借鉴

无论是现实案例还是模型都反映出，跨国兼并的重复规制中可能存在不公平不合理的障碍，而且已经达成的双边或区域性的一些合作协定只能从表面上提供一些便利，却无法根治跨国兼并中的重复规制问题。西方学界较早就开始关注这方面，并提出了一些有见地的建议，许多都是以欧共同体经验为范本加以参照。其中有代表性的建议包括以下几类：

1、更合理地将管辖权分配给某一国家。对具体某一起跨国兼并，许多国家依据本国反垄断法主张管辖权，然后才有重复规制的问题。因此有学者提出^[18]，如果能按照国际私法的原则，将管辖权分配给“重力中心地”或有“最密切联系的”国家，就能避免多国干预的不合理现象。如前文所述，像欧共同体将全球营业额做为其是否行使管辖权的考量依据之一，而美国、英国等很许多国家则以“对本国市场内竞争的影响”为标准来主张管辖权，这些在跨国兼并规制中经常运用的管辖权标准实际上更多考量的是本国利益，于是域外管辖非常普遍。这种从自己立场竞相行使管辖权的做法，也表现出对他国竞争执法机构的不信任，而不顾因此为某一具体个案可能增加的负担。

学者们理想化地推荐^[19]，不妨按照国际私法的做法，各国在考虑是否对跨国兼并案行使管辖权时，能同时考虑其他国家在本案中的利益，并在客观衡量案件的各项因素（如当事企业所在地、主营业务所在地、主要市场、合并合同签订地和执行地等）后，再确实本国行使管辖权是否适当和合理。简言之，即使依本国法对某一案件拥有管辖权，也充分考虑国际礼让的需要，来确定是否将行使管辖权。

值得一提的是，1995年美国司法部反托拉斯局和联邦贸易委员会重新修订的《反托拉斯国际操作执行指南》引进了国际礼让原则。该项指南指出，礼让分析应当考虑所有相关因素，包括：被诉违法的在美国境内的行为与在外国的行为相比较的重要性如何；当事方的国籍或住所以及公司的住所或主要营业地；该行为对美国的影响较之对国外的影响的重要性和可预见度如何；是否存在合理预期，其将因反托拉斯行动而被促进或挫伤；与外国法律或政策冲突的程度；另一国家对同一人的执行行动可能被影响的程度，包括救济；外国执行与美国执行行动相比较有效性如何。美国反托拉斯法域外管辖实践中，经常标榜所谓的“合理管辖”其实就是贯彻国际礼让原则的表现。但值得注意的是，不管如何列举应当考虑的因素，尤其是应当考虑的外国因素，国际礼让仍然是一种例外，而不是一种常态。美国政府和法院在国

际礼让上善变的态度也说明国际礼让并未成为对效果原则的一项有效约束机制[20]。

实际上，关于克制行使管辖权的提议至今只能停留在学者的论证层面，它不具有可操作性。因为反垄断法中的域外管辖权具有一定的合理性，已经逐渐被相当一部分国家接受，包括占有国际市场大部分份额的绝大多数发达国家。而且随着国际市场的进一步融合，域外管辖的扩张倾向明显，冲突日益激烈。与一般涉外民商事案件不同的是，反垄断案件包括兼并规制案件是国家行使干预权力的结果，它是带有公法性质的。各国可以依据国际私法让渡民商事案件的管辖权，但却很难在反垄断上接受这样的做法，因为事关主权。

2、建立一个类似欧盟的跨国机构，统一行使管辖权。这样的建议可谓成篇累牍，并不鲜见，关于跨国机构的设计也十分多样。1993年作为民间建议的慕尼黑准则[21]中建议可以建立一个“国际反托拉斯管理机关(International Antitrust Authority)”和“国际反托拉斯专家组(International Antitrust Panel)”。依照建议，这个国际反托拉斯管理机关有权要求国内管理机关对违反慕尼黑准则的行为采取行动，如果国内管理机关未依其要求采取行动，则国际反托拉斯管理机关可以向国内法院直接起诉该违反准则的限制竞争行为，而且国际反托拉斯管理机关可以对那些它自己并不是当事人的国内一审竞争案件提起上诉。

还有学者提出更温和的方案，希望通过渐进式的协调推进统一。比如建议建立一个“国际竞争局”[22]，该机构最初仅仅作作为“信息收集者”，即先是在进口和出口卡塔尔案件中，然后是在那些影响国际贸易的重大兼并案中承担汇集、交流信息的职能，“国际竞争局”建立后的第七年它将被参加国授予对滥用垄断地位和限制性兼并案进行调查和向成员国建议可采取的救济措施的权利。

也有学者转头去探索成立区域性执法机构的可能性，毕竟欧共体提供了这方面成功的范例。他们提出[23]，既然指望在现有的多边机构中产生这样的管理机构在政治上是不现实的，那么它只能产生于一个区域性集团中，该区域性集团成员对于一体化的目标具有相同的观点。区域性执法机构较之多边执法机构更有希望实现，尤其是在那些经济、社会、历史、文化背景相似的区域性集团中，近些年各区域性集团也有明显的扩张和加强趋势，说明区域性集团所提供的一体化途径得到了越来越多的国家的认可。

简而言之，前述第一项建议：更合理地分配管辖权，尚无法为大多数国家接受和执行，第二项建议这种将管辖权让渡给一个跨国机构的想法，同样难以付诸实施。目前，对跨国兼并，要求相关国家放弃管辖权几乎是不可行的，尽管管辖权上的协调能够从一开始就消除重复规制问题，但事关一国公权力机关的干预权限，事关一国国内市场竞争的自我维护，学者们试图在管辖权问题上做文章，恐难奏效。

3、加强执法合作和信息共享，由各国执法机构在具体的跨国兼并个案中主动协调不一致性。由于统一执法或让由一国执法在实践中基本上是不可行的，有学者基于目前在双边与区域性协定中取得的成就，探讨在多边的层面上进行执法合作与信息共享的可能[24]。但是正如前文所述，首先，这样的执法合作和信息共享并不能根本消除结论上的冲突与程序上的重复；其次，能够进行执法合作，特别是适用礼让原则的案例很少。在双边条约中基于相互的信任尚有可能给予许诺，特别是秘密信息的共享，但是在多边层面上，法律传统、执法能力、政府效率参差不齐的多个国家之间，要达成这样的共识是十分困难的。

但是，相较于前述两项建议，此项建议强调的是程序上的协调，更可能实现。问题的关键是，要促成此项建议在多边层面上得到采用，必须创造充分的条件。笔者十分推崇OECD等国际组织推行的法律趋同化运动：即通过示范法或建议案，总结国际上的最佳实践(best practices)，将之规范化和成文化，然后鼓励和号召更多的国家在国内法上采用这种统一或基本一致的理念、标准和程序。只有更多的国家的国内法不断趋同，才有协作执法甚至统一执法的可能基础。事实上，如前文所述，原先差别很大的欧共体与美国兼并规制法，在近些年通过立法与判例的不断修改和演进，趋同倾向十分明显。不同法律传统(大陆法系与英美法系)、不同发展水平国家(发展中国家与发达国家)、不同历史背景(如西方发达国家、新兴国家、转轨国家等)之间的相互借鉴和学习，已经成为一种不可逆转的趋势。

[1] 以美国为例，在20世纪的最后10年，兼并总额从1989年的1800亿美元飙升至1999年的17900亿美元。Antitrust division of United

[2] William J. Kolasky: *Comparative Merger Control Analysis: Six Guiding Principles For Antitrust Agencies—New And Old*, available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/10845.htm>.

[3] 仍以美国为例，依照Hart-Scott-Rodino法申报的兼并案1991年时为1529件，1997年升至3702件，1998年即升至4728件。See J. William Rowley QC, Omar K. Wakli and A. Neil Campbell: *Streamlining International Merger Control*, presentation at EC Merger Control 10th Anniversary Conference, Sep. 14, 2000.

[4] 在欧洲各国中，德国最先在国内竞争法中加入兼并规制的内容，大约在20世纪70年代初，略早于美国HSR法。

[5] Merger Regulation, Recital 3.

[6] Merger Regulation, Recital 4.

[7] Merger Regulation, Recital 5.

[8] Merger Regulation, Recital 7.

[9] 意味着当事人无须再将底限以上的交易交由各成员国一一审查，对于跨国兼并而言，程序显然简化。

[10] 成员国应当在收到某项兼并通报的15个工作日内或者如果该国并不要求事前申报的，可在该国有权机关获悉该项交易后的15个工作日内，向欧委会提出上移案件的请求。欧委会应当将这一请求不迟延地通知当事人和其他相关国家。其他成员国有权在收到通知的15个工作日内通报欧委会它决定参加该项上移案件的请求。欧委会最迟在上述期限届满后10个工作日内应当做出决定是否接受移交，如果逾期未决定的，视为欧委会接受该案。至此，欧委会将通知所有成员国和当事人它的决定，并要求当事人向欧委会提交EMCR要求的通报，原先请求移交的成员国不得再将国内法适用于该案。

[11] 这种情况下兼并被认为应当由该成员国国内机构进行管辖，即使它符合前述营业额底限。

[12] 目前欧共体的所有成员国中只有卢森堡没有对兼并的反垄断规制法。

[13] 例如COMP/M.2621, SEB/Moulinex (Jan. 8, 2002)一案中，应法国的要求，欧委会将此项兼并对法国市场的影响部分的审查，移交给法国国内竞争管理机构。第三人对欧委会这种部分移交的做法提出异议，欧洲初审法院支持了欧委会的做法，但是特别强调了在此类部分移交的案件中可能产生对同一案件相冲突的结论。

[14] 即在欧委会调查过程中不遵守欧委会的程序性命令，如拒绝提交相关文件、阻挠取证等。

[15] 2000年EMCR要求欧委会必须评估此类附属限制条款，而实践中欧委会常因效率和资源考虑而要求当事人自行评估，2002年Lagardère一案中欧洲初审法院明确制止了欧委会的这种做法。但2004年EMCR赋予了这种做法以合法性，这也是与第81条实施规则的改革相配套的一项工作，而欧委会已经为当事人自行评估发布了帮助性的指导意见（Commission Notice on restrictions directly related and necessary to concentrations, available at <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/legislation/regulation/#implementing>。）

[16] See R.B. Bouterse: *Competition and Integration—What Goals Count? EEC Competition Law and Goals of Industrial, Monetary, and Cultural Policy?*. Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.

[17] 《欧共体条约》第36、73、87至89条规定允许国家对某些特定行业（如农、渔、交通运输等）予以特别支持的产业政策，20世纪90年代后，在面对激烈的国际竞争时，欧委会对这些规定在成员国的普遍适用有放宽倾向，这些规定与强调由市场决定优胜存亡的竞争规则之间是存在一定冲突的。

[18] Matthew C. Franker, *International Merger Review in the Wake of General Electric/Honeywell and the Triumphant Return of Negative Comity*, *George Washington International Law Review*, Vol. 36 (2004).

[19] Hannah L. Buxbaum, *Conflicts of Economic Laws: From Sovereignty to Substance*, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 42 (2002). See also Lawrence H. Summers, *Competition Policy in the New Economy*, *Antitrust Law Journal*, Vol. 69 (2001).

[20] 参见王中美著：《竞争规则的国际协调》，人民出版社2005年版第46-84，132-135页。

[21] “Munich Code”, Draft International Antitrust Code as a GATT-WTO Plurilateral Trade Agreement. *Antitrust and Trade Regulations Report*, Special Supplement, 19 August 1993, p.64 .

[22] F.M.Scherer: *Competition Policies for an Intergrated World Economy*, 1994. pp.91-96..转引自: Harry First: “ Towards An International Common Law of Competition” , *Towards WTO Competition Rules*(edited by Roger Zach), Kluwer Law International, 1999, p.99.

[23] Nicolaides, Phedon: “ Towards Multilateral Rules on Competition” , *World Competition*, Vol.17, No.3 (1994).

[24] See Eleanor M. Fox, *International Antitrust: Against Minimum Rules; for Cosmopolitan Principles*, ANTITRIBUL, March 22,1998. And J. William Rowly & A. Neli Campbell, *Multi-jurisdictional Merger Review—Is It Time for A Common Form Filling Treaty?* In Policy Directions for Global Merger Review 9-53 (Special Report, Global Forum for Competition and Trade Policy, 1999).

[返回](#)