



您的位置: [首页](#) >> [阅读文章](#)

阅读文章

Selected Articles

作者授权 本网首发

德国控制企业合并的立法与实践

王晓晔

阅读次数: 3547

使用大字体察看本文

当前,我国正在深入进行经济体制的改革,并且要建立社会主义的市场经济体制。这就是说,我国要彻底改变过去的“大锅饭”制度,要在经济生活中引入竞争机制。要竞争,就要有竞争者。这不仅要求企业成为独立的自负盈亏的经营者,而且还要求它们之间形成适当的竞争强度。企业规模不能过大,否则可能形成垄断,妨碍竞争;企业规模也不能过小,否则影响规模经济,降低经济效益。如何才能在企业间展开有效竞争,建立一个竞争性的市场结构,我们可以从联邦德国控制企业合并的立法和实践中得到某些启迪。

一、立法的背景与概况

1、社会市场经济秩序

第二次世界大战后建立的联邦德国,在以奥依肯(Walter Eucken)、伯姆(Franz Boehm)以及米勒-阿尔玛克(Alfred Mueller-Armack)为代表人物的弗莱堡学派的影响下,选择了社会市场经济作为其经济制度的模式。

市场经济的本质是自由竞争的经济,即作为市场主体的个人或者企业可以自由投资,自由订立合同,自由根据市场的需求组织生产和销售。在这种制度下,社会生产是单纯依靠市场机制进行调节的,市场价格是调节生产者生产计划的唯一手段。社会市场经济与传统的市场经济则不同。社会市场经济虽然承认自由竞争是维护经济秩序的基础,因为“自由竞争将使国家以最少的管理费用获得最大的经济效益、最大的灵活性和最大的技术进步”,从而需要继续保留这个原则;但在另一方面,它还承认,随着自由竞争,将会产生经济集中,结果就将由个别大企业主宰市场,从而损害和窒息经济竞争。这即是说,市场本身作为调节的机制不能解决所有的问题,因此还需要国家制定相应的社会政策和经济政策,以实现自由、效率和社会平衡的有机结合。根据这种思想,米勒-阿尔玛克把社会市场经济归结为是一种市场自由的原则和社会调节的原则相结合的经济体制。

因为竞争是被视为市场经济秩序中最重要和不可取代的调节机制,社会市场经济的倡导者就把注意力特别放在规范市场的竞争秩序方面。这里,竞争政策不是国家行政机关的政策性规定,而是国家立法机关即议会通过的法律。国家不仅在宪法即基本法中对个人的经济自由特别是结社自由、合同自由、迁徙自由、职业自由、保障财产所有权和继承权等方面作出了原则性规定,而且还以特别法形式制定和颁布了《反对限制竞争法》,简称GWB,这个法律一般也被称为卡特尔法。德国的卡特尔法确立了德国社会市场经济的秩序和竞争秩序,这个法从而被称为德国的经济宪法,以此说明其内容和原则的深远意义。

更多▲

特聘专家

法学所导航

走进法学所

机构设置

《法学研究》

《环球法律评论》

科研项目

系列丛书

最新著作

法学图书馆

研究中心

法学系

博士后流动站

学友之家

考分查询

专题研究

五四宪法和全国人大五十周年纪念专栏

最新宪法修正案学习与思考

公法研究

电信市场竞争政策

证券投资基金法

1955年前，联邦政府在关于反对限制竞争法的草案说明中指出，“自由竞争的市场秩序要以完善竞争的市场模式为前提。即是说，市场上供给和需求的双方都要有足够数目的参与者，以致任何企业都不得以其市场行为严重影响市场价格。如存在着这种前提，立法者就必须注意，不要使这种完善竞争因某些限制竞争的做法受到损害。”由此可知，德国政府最初是想按照完善竞争的模式建立市场秩序和竞争秩序。完善竞争是新自由主义提出的竞争理论。它有两个致命的弱点，第一，这种竞争的前提条件只是一种设想，例如要求市场双方有无数个参与者，市场完全透明，市场参与者对市场信息的反映极度灵敏，企业可随时参加任何生产经营活动，完全不存在进入市场的障碍等等。然而现实中，这些条件几乎是不存在的。第二，即便上述条件可以实现，完善的竞争也不能导致理想的市场结果。因为按照这种模式，每个生产者的经营规模都非常小，从而没有足够的财力进行技术革新，其结果就会减弱市场竞争的功能。

60年代末，德国经济学界出现了一种新的竞争理论—有效竞争。有效竞争最初是30年代末由美国经济学家克拉克（J. M. Clark）提出来的。根据这种理论，影响市场竞争的因素是市场结构（主要指市场参与者的数目和它们的市场占有额）、企业的市场行为和市场运行的结果（如企业的生产率或利润水平）。其中决定性的因素是市场结构，因为市场结构可以影响企业的市场行为，进而影响市场结果。例如，在垄断性的市场条件下，企业可以随意涨价，其结果就是过高的利润率，并且由此减弱企业的创新动力。康森巴赫把美国竞争法理论中有效竞争的理论引进德国，并在此基础上提出了“优化竞争强度”的理论。

康森巴赫认为，如果市场上有较多个竞争者，它们的产品有适度的差异性，且市场的透明度不高，这种市场的竞争强度就是优化的竞争强度。因为在这种市场条件下，竞争者数目不是太少，从而共谋的机会不多；另一方面，竞争者的数目不是太多，企业从而具备了一定的规模，有能力进行创新和发展。为了推动这种优化的市场结构，康森巴赫建议政府采取以下的经济政策：（1）在企业规模小而数量多的市场结构条件下，促进企业的合并或者联合，以增加市场的竞争强度；（2）在竞争者数目少和市场占有率过大的情况下，控制企业合并，防止少数大企业垄断市场；（3）在少数企业垄断市场的情况下，通过拆散企业的办法增加市场上竞争者的数目；（4）在不能拆散或者拆散无意义时，对垄断企业进行有效的市场监督，防止它们滥用其市场优势地位。

优化竞争强度的理论对德国的反对限制竞争法产生了极其重大的影响。该法1973年的第2次修订就是这种理论的指导下进行的。在这次修订中，除在第5b条增加了豁免中小企业经济合作的卡特尔外，还特别规定要对企业合并实行控制。政府对此的解释是：“为了加强竞争—这一作为自由的市场经济秩序的重要前提，首先要引进一个预防性的企业合并控制法，改善对市场支配地位企业的监督，并扩大有利于提高效率的企业合作。这三条措施都是为了加强竞争强度：一方面要防止经济势力的过度集中，另一方面要推动中小企业的合作。”

3、企业合并和合并控制法概况

德国控制企业合并的规范主要见于1957年颁布的《反对限制竞争法》。当时该法对企业合并未做限制性的规定，仅在第23条要求一定规模的企业合并进行登记，以便当局掌握市场集中的情况，可以及时对一些取得了市场支配地位的企业进行滥用监督。合并登记的前提条件是，合并企业共同取得或者其中一个企业在合并前就已经取得20%的市场份额。反对限制竞争法1973年的第2次修订的最大成果是引进了企业合并控制的规范，规定了企业合并的概念、禁止合并的实体法、审查程序、法律救济以及联邦经济部长的特许等等。1976年改善了对报业的合并控制。1980年第4次修订补充了对“显著的市场地位”的法定推断。1989年第5次修订在合并控制方面未做重大改动，但对“显著的市场地位”又增加了两个可考虑的因素。1998年反对限制竞争法的第6次修订不是对旧法修修补补，而是在体例上完全作了新的安排。修订后的企业合并控制规则被放在第35条至第43条。这次修订的任务之一是使德国法与欧盟法相协调，所以合并控制的许多方面特别是程序法接受了欧共体理事会1989年第4064号规则，从而使这些法规更有效率和更现代化。

德国对企业合并进行控制，并不是因为合并本身违法，而是因为合并可迅速导致经济集中，经济集中则可构成对社会市场经济和竞争秩序的重大威胁。据统计，在60年代和70年代，德国工业集中得很快，大企业所占的市场份额不断地在扩大。1960年，最大15家工业企业的市场销售额在全国工业总销售额中占17.68%，1966年增加到20.87%，1970年增加到25.74%，1974年达到31.87%。最大100家工业企业也呈相同的趋势。1954年，它们的市场销售额在全国工业总销售额中占33.56%，1960年增加到40.07%，1966年为45.69%，1970年52.74%，1974年达到61.61%。

德国经济集中发展如此之快，除企业自身的积累外，更重要的原因是企业的外部扩张，即企业合并。据联邦卡特尔局统计，德国企业合并的数字在逐年增长。1966年，到卡特尔局登记的合并仅43起，1970年增长为305起，1975年445起，1980年为635起，1985年709起。此后企业合并的发展更快，1988年1159起，1989年1410起，1990年1548起，1991年达到1850起。在企业合并活动中，大企业尤其显得活跃。根据1973年到1977年间的统计，向联邦卡特尔局申报过的企业合并中，有前100家大企业参与的合并约占合并总数45%。这些合并虽然许多情况下是必要的，甚至是不可避免的，但是，因为合并可以消灭在经济上和法律上独立的企业，减少一定经济部门以及整个国民经济中企业的数目，从而会影响市场竞争。不仅如此，过大规模的合并还会增加进入市场的障碍，从而影响市场潜在的竞争。

鉴于企业合并对竞争的影响，而且与企业间协调价格或者协调其他市场行为的卡特尔相比，合并对于市场结构的影响是长期性的，它们从而就成为反对限制竞争法的主要调整对象。1971年政府发布该法第二

次修订草案时指出：“今天，竞争政策上第一号问题不再是订立卡特尔协议，而是企业合并。企业合并作为经济和技术进步的合理措施常常是必要的，然而，这同时就有必要依据竞争政策限制过度的经济集中，有效控制占市场支配地位的企业。”在解释这种控制必要性时，政府强调指出：“企业合并同订立卡特尔一样能够损害竞争，而且，能够窒息企业提高生产效率和推断技术进步的动力。在市场经济中，如果没有竞争，就不能保证大企业发挥其规模经济的优势，也不能保证把规模经济的好处转让给消费者。从社会政策的角度考虑，经济势力的过度集中有碍自由秩序。因此，没有经济势力的分散，社会民主和市场经济是不可想象的。”

德国是欧共体成员国，因此，德国市场竞争秩序不仅是由德国法规范的。在建立欧洲统一大市场的过程中，德国法在许多方面与欧共同体法是竞相适用，有时甚至是被排除适用。在企业合并控制方面，德国除了适用反对限制竞争法外，还得适用欧共同体条约第81条和第82条，特别是要适用欧共体理事会1989年12月21日通过的第4064号法令，即欧共同体企业合并控制法。

二、企业合并的概念和控制程序

1、企业合并的概念

控制企业合并首先要明确企业合并的概念。根据美国克莱顿法第7条，企业合并是指一个企业取得另一个企业的财产或者股份。而德国反对限制竞争法的第37条则将之扩大到一个或者几个企业直接地或者间接地对另一个企业在竞争方面施加显著影响的所有方式。具体地说，这包括以下方式：

(1) 取得财产

如一个企业取得另一企业全部或者重大部分的财产，企业间就实现了合并。这主要指公司法意义上的新设合并、转让以及破产企业清算过程中的吸收合并。新设合并是指清算后的几个企业联合成为一个新的企业，合并前的企业成为合并后企业的股东，从而在法律上不再存在。吸收合并一般指取得被合并企业的全部财产。转让则是企业将其财产的重大部分出售给另一企业。不明确之处是如何划分重大部分和非重大部分的界限。根据法律判决，重大部分财产是指转让者全部财产中占相当高比例的部分。

(2) 取得支配权

与欧共体法相协调，新法第37条第1款第2项增加了“取得支配权”的规定，即“一个或者几个企业直接或者间接地取得对另一个企业或者几个企业的全部或者部分的支配权”。支配权可以通过权利、合同以及其他根据事实和法律的规定可以对一个企业的活动施加一定影响的任何方式来取得，特别是通过以下方式：a) 取得一个企业全部或者部分财产的所有权或者使用权；b) 对企业机构的组织、意见或者决议可以产生一定影响的权利或者合同。比较常见的合同有组建或者扩大康采恩的合同、企业租赁合同或者委托经营合同等。

取得支配权在欧共体委员会认定企业合并的实践中是一个应用广泛的方式。这个方式可以在很大程度上弥补其他方式的不足。例如，一个企业取得另一企业20%的股份，一般不能被视为企业合并。再次取得20%的股份，如果单纯根据股份额，仍然不能被视为企业合并。在这种情况下，根据“取得支配权”的规定，如果两次取得了一个企业40%的股份可以直接或者间接对该企业施加支配性的影响，第二次取得20%的股份就可以视为企业合并。

(3) 取得股份

取得股份是企业合并最重要的方式。反对限制竞争法第37条第3款规定，一个企业取得另一个企业的股份，如果这些股份或者它们与该企业以往所持有的股份共同至少达到被取得企业25%或者50%的资本或者表决权，这两个企业便视为实现了合并。将取得股份分为25%和50%的意义在于，取得股份越大，企业从经济上和法律上合并的可能性就越大，从而在竞争政策上对之进行控制的必要性也越大。

在反对限制竞争法的第6次修订中，经济学界曾提出，德国不应就取得股份的大小作出具体规定，而是应当象欧共体法那样，只是规定“取得支配权”。但是法学界认为，如果德国法接受欧共体法的模式，取得25%股份一般就不会被视为企业合并，从而也不会受到联邦卡特尔局的干预。这样，德国反对限制竞争法对竞争的保护程度就降低了。因此，立法者没有接受经济学界的建议。

(4) 其他任何方式

反对限制竞争法第37条第4款仍然保留了一个总则性条款，即“一个或者几个企业能够直接或者间接地对另一个企业的竞争施加显著影响的企业间的任何约束”，都可以被视为企业合并。在实践中，比较重要的是建立合营企业，即企业间通过共同组建子公司而相互间发生关系。此外还有人事联合，即一个企业的监事会、董事会或者其他管理机构的成员同时又受聘另一个企业，担任其管理机构的成员，从而使两个企业如同相互参股一样出现了股份公司法第17条第1款意义上的依附关系。第6次修订前的反对限制竞争法规定，如果一个企业管理机构中至少有半数成员同时担任另一企业管理机构的成员，这两个企业就是通过人事联合实现了合并。这种合并的前提条件很严格，所以没有很大的现实意义。但是这种人事联合显然在很大程度上可以影响企业的竞争行为，所以是企业合并的方式。

这种总则性条款的意义在于，它可以防止企业采取规避企业合并控制的任何方式。比如在股份分散的情况下，取得20%的股份就足能施加支配性的影响。依据这个条款，这种情况就可以视为企业合并。取得

支配权的条款实际上也是一个总则性条款，所以这两个条款的内容在很大程度上是一种重复。

2、企业合并的申报

(1) 概况

批准或者禁止一个企业合并的前提条件是联邦卡特尔局掌握了企业合并的情况，为此，达到一定规模的合并必须要向联邦卡特尔局进行申报。1998年第6次修订前的反对限制竞争法根据企业合并的规模，规定了合并事先登记和事后申报两种制度。这两种制度的目的是相同的。即一方面，通过登记或者申报，可使卡特尔局及时了解市场集中情况，从而能够对那些产生或者加强市场支配地位的企业合并进行实质性的干预。另一方面，合并登记或者申报制度也有利于社会包括市场上的竞争者获得市场信息，从而及时调整经营方针，以便适应新的市场和竞争环境。这两种制度的区别在于，合并打算的事先登记主要针对较大规模的企业合并，即参与合并的企业中至少有两个企业的年销售额至少达到10亿马克，或者一个企业的年销售额至少达到20亿马克。而那些参与合并的企业年销售额共同达到5亿马克的其他合并，原则上实行合并事后申报制度。事后申报的好处是，企业可以及时地进行合并，从而便于及时调整其组织结构，改善生产和经营条件。然而，这些合并却存在着事后被拆散的危险。因为根据旧法第23条第2款第2句，联邦卡特尔局有权在合并申报后的一年内认定合并违法，从而禁止合并。事后拆散一个合并了企业虽然在法律上和理论上是可行的，但这种规定却没有很大的现实意义。因为这不仅将给被拆散的企业带来极大的经济损失，而且拆散时还会遇到人事、组织、资本以及税务等许多方面的困难。出于这种考虑，除了一定规模的企业合并实行强制性的事先登记外，其他许多合并事实上也向联邦卡特尔局进行自愿性的事先登记，以便能够及时地了解当局对合并的态度，并且在存在异议的情况下，能够及时调整合并打算。正是在这种实践经验的基础上，同时也是为了与欧共体法相协调，德国反对限制竞争法第六次修订的一个重大内容就是将合并申报程序改变为单一的事先申报制度。

(2) 合并申报的前提条件

根据新法第39条，任何一个满足了第35条规定的合并打算，都必须向联邦卡特尔局进行申报。根据第35条第1款，需要申报的企业合并必须具备以下条件：第一，参与合并的企业在上个营业年度内全球销售额至少达到10亿马克；第二，参与合并的企业中至少有一个企业在德国境内的销售额至少达到5000万马克。根据该条第3款，欧共体委员会根据理事会1989年第4064号条例享有专属管辖权的企业合并，不适用德国反对限制竞争法的规定。据此，一个合并打算向联邦卡特尔局事先申报的门槛大大地降低了。因为根据旧法，仅当参与合并的一个企业在上一营业年度全球销售额至少达到20亿马克，或者参与合并的企业中至少两个企业在上一营业年度的全球销售额分别至少达到10亿马克，合并打算才应当向联邦卡特尔局进行申报。然而，现行的合并申报标准又明显高于修订前第23条第1款中合并事后申报的5亿马克标准。所以，从总体上说，干预合并的门槛提高了。这有利于中小企业的合并，有利于它们实现规模经济。

修订后的反对限制竞争法放松了对合并的管制，还尤其表现在第35条第2款上。根据该款第1项，一个独立的企业，如果在上一营业年度的全球销售额不足2000万马克，可以不受限制地与任何企业进行合并。然而，根据旧法第24条第8款第3项，一个销售额大于400万马克的企业不得自由地与一个销售额达到10亿马克的企业进行合并。此外，根据该款第2项，如果合并发生在一个生存期至少5年的产品市场或者服务市场，而且上个营业年度的市场销售总额总共不足3000万马克，合并不受干预。然而根据旧法，这个市场销售总额的标准是1000万马克。这也说明，修订后的法律对企业合并控制的程度较过去变弱了。这种变化显然是出于欧洲经济一体化和经济全球化的需要。

上述这些条款在德国也被称为“宽容条款”，其目的是方便中小企业的合并。立法者的指导思想是，陷于困境的中小企业为了保存自身价值，常常愿意放弃独立的法律地位，接受大企业的兼并。这样的合并对市场竞争普遍没有严重的不利影响，所以，法律上应当为它们提供方便。此外，这种条款从社会政策来说也是非常恰当的。如果没有这样的规定，中小企业在经营不景气的时候就只能破产，从而带来很大的社会负担。这些条款表明，立法者无意干预那些对整体经济无足轻重的市场势力。

(3) 合并申报的内容

从2000年1月1日起，德国反对限制竞争法的主管机关是位于波恩的联邦卡特尔局。根据第39条第1款，所有参与合并的企业必须在合并实施之前，向联邦卡特尔局申报它们的合并打算。根据该条第2款，在一个企业取得另一个企业的财产或者股份的情况下，出售财产或者股份的企业也必须向联邦卡特尔局进行申报。除合并的方式外，申报主要还包括以下内容：1、企业的名称以及营业场所；2、企业的经营范围；3、企业在德国、欧盟以及全球范围的市场销售额；4、参与合并的企业如果在德国或德国某一重要地区的市场份额达到20%，必须说明这个份额并且说明计算或者估算的依据；5、在取得股份的情况下，说明股份的数目以及对被取得企业的全部资本参与。

根据第36条第2款，如果参与合并的企业是股份公司法第17条意义上的子公司或者母公司，或者是股份公司法第18条意义上的康采恩企业，所有相互联系着的企业得被视为一个统一的企业。在这种情况下，根据第39条第3款，参与合并的企业说明企业自身的情况时，必须说明所有相关的企业。

(4) 违反合并申报的后果

应当申报的合并不申报就构成违法行为，联邦卡特尔局得依据1953年的行政执行法（Verwaltungs vollstreckungsgesetz）强迫企业进行申报。卡特尔局可以根据反对限制竞争法第39条第5款核实或者要求补充申报的内容。合并申报的内容要在联邦公告中向社会进行公告。根据第81条第1款，有申报义务的企业因故意或者过失未申报，或者未如实申报，或者未全面申报，或者未及时申报，得被视为违反社会秩

序的行为。根据第81条第2款, 这种行为可被处以最高额为5万德国马克的罚款。

此外, 根据第41条, 一个应当申报的合并如果未经联邦卡特尔局的批准就实施了合并, 合并在上是无效的。被联邦卡特尔局禁止了的合并或者没有得到豁免的合并必须要解散。根据该条第3款, 联邦卡特尔局为解散这种合并可以采取适当的措施, 如一次或者多次征收金额为1万至100万德国马克的罚金。

3、审查程序

反对限制竞争法第40条规定了联邦卡特尔局对企业合并的审查程序。这个程序原则上分为两个阶段。

(1) 第一审查阶段

第一阶段的审查期限为一个月。期限从企业对合并打算进行了全面申报后起算。如果联邦卡特尔局打算禁止一个合并, 必须在这个期限内通知申报合并的企业, 说明该合并有必要进入主要审查阶段。在这个阶段没有得到联邦卡特尔局通知的企业合并, 原则上得到了批准。

(2) 第二审查阶段

第二阶段的审查也称为主要审查程序(Hauptprüfverfahren), 期限为三个月。根据第40条第2款, 联邦卡特尔局必须在这个期限内向企业作出决定, 说明合并是被禁止或者得到批准。如果联邦卡特尔局在收到企业全面申报后的4个月内没有作出决定, 合并原则上被视为得到了批准。根据该条第3款, 联邦卡特尔局可以附条件地批准合并, 即要求参与合并的企业修改它们的合并计划, 以便减少合并对市场竞争的不利影响。

没有得到批准的合并不得在上述审查阶段结束之前实施合并。违反联邦卡特尔局禁令的合并是无效的。与违反申报义务的合并一样, 没有得到批准而进行了的合并必须要解散。违反卡特尔局禁令的企业将被征收金额为1万至100万德国马克的罚款。

三、控制合并的实体法

反对限制竞争法中控制企业合并的核心条款是第36条第1款。它规定, 一个合并如果可以预见将产生或者加强一个市场支配地位, 联邦卡特尔局得禁止这个合并, 除非参与合并的企业能够证明, 该合并还将改善竞争条件, 并且改善竞争的好处大于限制竞争的坏处。为了禁止法律规避, 该条第2款规定, 康采恩企业应被视为统一的竞争体。几个企业如果通过康采恩联合共同对另一个企业施加支配性的影响, 它们之中的任何企业都可被视为取得了市场支配地位。

反对限制竞争法第35条至第43条没有“市场支配地位”的法律概念。所以, 这里应当根据第19条认定企业是否具有市场支配地位。根据该条第2款, 作为一定产品或者服务的供应者或者需求者, 如果符合下列条件, 则可被视为占市场支配地位的企业: 第一, 它在市场上没有竞争者, 或者没有实质性的竞争; 第二, 与其竞争者相比, 它有着显著的市场地位, 这里特别要考虑其市场份额、财力、进入采购或者销售市场的渠道、与其他企业的联系、其他企业进入市场时在法律上或者事实上受到的限制、德国境内外事实上或者潜在的竞争、它对市场的供给或者需求转变为其他产品或者服务的能力以及交易对手转向其他企业的可能性。与修改前的反对限制竞争法第22条第1款第2项相比较, 上述涉及市场竞争的因素增加了一个“德国境内外事实上或者潜在的竞争”。这种补充显然是出于欧共体经济一体化和经济全球化的考虑。这说明德国联邦卡特尔局今后在测定企业市场地位的时候, 要考虑企业在共同体市场以及国际市场上的竞争力。

在适用关于企业合并的法律规范时, 德国的理论和实践又把合并分为横向合并和非横向合并, 后者包括垂直合并和混合合并。

1、横向合并

在联邦德国, 横向合并不仅是指相同产品市场上企业间的合并, 而且还包括相近产品市场企业间的合并。后者在美国被称为产品扩大性的混合合并。横向合并一直是德国企业合并的主要形式。从1973年到1988年间, 向联邦卡特尔局申报或者登记过的企业合并共有9434起, 其中横向合并6303起, 占合并总数的66.8%。

在对企业横向合并的管制中, 联邦卡特尔局基本上是根据合并企业的市场份额, 推断合并能否产生或者加强市场支配地位。根据反对限制竞争法第19条第3款, 如果一个企业至少占到三分之一的市场份额, 则可推断这个企业是一个占市场支配地位的企业。此外, 如果三家或者三家以下的企业共同占到二分之一的市场份额, 或者五家或者五家以下的企业共同占到三分之二的市场份额, 则可以推断这些企业共同具有市场支配地位, 除非这些企业能够证明, 它们之间存在着实质性的竞争, 或者它们在总体上与其他竞争者相比, 没有显著的市场地位。

上述关于市场支配地位的法定推断不具有民法意义上法定推断的效力。因为这些推断仅表明, 这些事实构成了卡特尔局干预合并的前提条件。如果参与合并的企业根据具体情况可以证明合并不会产生或者加强市场支配地位, 或者虽然能够产生或者加强市场支配地位, 但同时还能够改善市场的竞争条件, 且改善竞争的好处大于限制竞争的坏处, 卡特尔局就不能禁止合并。因此, 德国学者纳格尔把这种推断的意义形象地解释为是信号功能: 一方面, 它们是对联邦卡特尔局的信号, 即对什么样的合并可以进行干预; 另一方面, 它们又是对企业的信号, 即在什么情况下应考虑当局禁止合并的可能性, 从而及时修改合并计划, 选择比较适当的联合伙伴。

根据上述第19条第2款第2项关于显著的市场地位的规定,在审查一个合并能否产生市场支配地位的时候,除了审查合并企业的市场份额,还要考虑其他许多因素,特别是与其他竞争者之间的差距和其他企业进入市场的障碍。然而,在联邦卡特尔局和法院的实践中,许可或者禁止一个横向合并,基本上都是依据参与合并企业的市场份额。例如在Krupp/Total一案中,因合并企业在消防器材市场上共同取得40%的市场份额,而最大竞争者的市场份额仅为20%,第三号大企业的份额不足10%,联邦卡特尔局就禁止了这个合并。在Bruda/Spriger一案中,市场上现有两个大企业Gruner和Jahr的市场份额分别是21.1%和15.2%,Bruda和Spriger合并后的市场份额将达到23.8%。在这种情况下,因为合并后市场上三家最大企业的市场份额共同将超过50%,而且参与合并的企业不能证明这三家大企业将继续开展竞争,合并从而遭到禁止。在这些案件中,卡特尔局也曾考虑过其他的因素,但它们都没有起到重要的作用。在1989年的Kampffmeyer/Plange合并案中,柏林上诉法院的判决特别强调了市场份额对企业市场地位的重要意义。它说,在涉及市场竞争的各种因素中,市场份额有着特别重要的意义,"因为它说明了企业的经济实力,进而很大程度说明其可能的行为方式。如果不是孤立考察企业在短时期内的市场份额,而是考察其多年的发展,说服力就更大。如果市场份额可以表明企业过去的经济实力,而且市场结构方面没有对之不利的条件,该份额无论如何都可以用来推断它将来的市场势力"。

在德国控制企业横向合并中,市场份额标准虽然一直发挥着极大的作用,但有的学者认为,德国在这方面尚不具备足够的经验。这是因为其他国家没有可比的法律规定,从而难以鉴别它们的合理性。康森巴赫认为,随着欧洲内部大市场的建立和共同体各国销售市场的扩大,作为推断市场支配地位的市场占有率标准应降低为20-25%。此外,在寡头垄断的市场上,市场份额标准也遭到许多学者的批评。因为在实践中,这种市场结构的企业间一般仍然存在着竞争,企业的行为方式仍在很大程度上受到限制。康森巴赫也承认,过去把寡头垄断市场的后果估计得过分严重。因为工业经济的最新调查结果表明,超额利润大都来自市场份额过度分散的市场结构,而不是来自集中度很高的企业。这说明,大企业间的共谋还需要其他的前提条件。

2、垂直和混合合并

垂直合并是指生产上下阶段的企业如钢铁厂与钢丝厂的合并,即合并企业间存在着买卖关系。混合合并是指横向合并和垂直合并以外的合并方式,即合并企业既不在同一市场上活动,相互也不存在买卖关系。很明显,由于参与这些合并的企业相互不是竞争者,对合并的控制就不能使用市场份额的标准,而是要根据上述第19条第2款第2项,考虑企业的所有竞争因素例如企业的财力、采购或者销售渠道、与其他企业的关系、其他企业进入市场在事实或法律上受到的限制等等。然而在实际上,上述因素在干预垂直和混合合并中没有发挥很大的作用。在1973年至1980年的企业合并中,虽然垂直合并和混合合并占到40%,但只有一个这样的合并被禁止。

为了使"显著市场地位"这个法律规定具有可操作性,更重要的是为了有效地控制垂直和混合合并,反对限制竞争法在其1980年的第4次修订中增加了新的法定推断。即在以下三种情况下,推断合并将会产生或者加强一个显著的市场地位:第一,大企业进入中小企业市场。即一个年销售额至少达20亿马克的企业与在中小企业市场上活动的企业进行合并,合并后企业的市场份额至少占5%;第二,财力强大的企业与一个占市场支配地位的企业进行合并。即年销售额至少达20亿马克的企业与在一个或者几个市场上占支配地位且年销售额至少达1.5亿马克的企业进行合并;第三,大象联姻。即参与合并企业的市场销售额总共至少达120亿马克,且至少有两个企业的年销售额各自达到10亿马克。很明显,上述推断不是基于企业的市场份额,而是基于企业的市场销售额。因为立法者认为,市场销售额能够对外说明企业的财力,从而是一个令人可信的尺度。

但这些推断并没有很大程度上影响联邦卡特尔局。就混合合并而言,联邦卡特尔局一向认为,企业财力的增长不会恶化市场的竞争条件。例如在1989年WMF/Hutschenreuther混合合并案中,虽然合并完全符合上述第二个法定推断的前提条件,即WMF的市场销售额达到了23亿马克,Hutschenreuther在旅馆业瓷器市场已经取得了市场支配地位,但联邦卡特尔局仍然是在调查了有关市场的所有情况后才认定,这个合并能够加强被取得企业Hutschenreuther的市场支配地位,从而禁止了合并。迄今为止,联邦卡特尔局事实上很少干预混合合并,除非象上面的案例,被取得企业已经取得了市场支配地位,且合并明显地会加强市场支配地位。联邦卡特尔局在实践中几乎没有使用过关于大象联姻的法定推断,而且认为,这个推断与企业的市场支配地位完全没有联系,因此它"既不合理又不明智"。

对于垂直合并,联邦卡特尔局的注意力是放在合并企业的采购和销售渠道方面。因为通过这样的合并,企业间的买卖关系就变为企业内部的关系。在1975年Bayer/Metzeler一案中,联邦卡特尔局认定,这个合并将会加强市场支配地位:一方面,Bayer通过合并可直接了解市场的需求,扩大新产品的开发,从而可以改善其销售条件;另一方面,Metzeler通过合并不仅可以获得Bayer的新技术,扩大财力,提高开发新产品的能力,而且还可以从Bayer获得价格优惠的原材料,从而加强在塑料泡沫市场上价格领先地位。由此卡特尔局认定这个合并不可能改善市场竞争条件,从而禁止了合并。然而,在控制企业垂直合并中,合并企业的相互受惠虽然是一个重要的考虑因素,但不是禁止合并的决定性条件。因为它们仅是被用来辅助证明禁止一个合并的正确性。如果参与合并的企业没有在市场上取得了支配地位,即使合并后的企业在购买和销售方面相互可以受惠,合并也不应受到禁止。特别是在中小企业参与合并的情况下,这种合并还可被视为能够改善市场的竞争条件。

鉴于垂直合并和混合合并一般不会改变企业的市场份额,对市场竞争没有严重的损害,特别是鉴于企

业通过这些合并可以开拓采购或者销售的渠道，从而可以降低成本，提高经济效益，所以，联邦卡特尔局和法院对垂直合并和混合合并表现出了越来越宽容的趋向。这特别是表现在反对限制竞争法的第6次修订中，取消了过去第23a条第1款关于“显著市场地位”的法定推断。这说明，德国联邦卡特尔局今后在禁止或者批准一个合并的时候，基本不再考虑企业的绝对规模和财力。在这种情况下，垂直合并和混合合并自然就不会受到很多的干预。

四、被禁止合并的辩理由

经济是非常活跃的，因此，竞争规则也应当具有灵活性。德国的立法者认为，合并完全有可能在一个市场上产生或者加强了市场支配地位，同时又改善了另一个市场的竞争条件。这特别表现在同时在几个市场上进行活动的大企业间的合并。鉴于这样的考虑，反对限制竞争法第36条第1款规定，对于能够产生或者加强市场支配地位的合并，如果参与合并的企业能够证明，该合并同时还改善市场竞争条件，且改善竞争的好处大于限制竞争的不利影响时，联邦卡特尔局不得禁止合并。此外，该法第42条还授权联邦经济部长可以批准那些被联邦卡特尔局禁止了的合并，其前提条件是，合并对整体经济或者社会公共利益有着显著的好处，且这种限制竞争没有达到从严重损害市场竞争的程度。由于立法者控制企业合并的意图是阻碍经济势力，维护竞争性的市场结构，所以，这些能够产生或者加强市场支配地位的合并仅在例外情况下得到批准。根据联邦卡特尔局以及德国经济部长的实践，以下严重限制竞争的合并可以得到豁免：

(1) 整顿合并

整顿就是维修。企业整顿即是通过某些措施，使一些经营不善以致在市场上无法继续生存的企业能够保存实力，在竞争中继续生存下去。企业合并是企业整顿的重要手段。在一般情况下，接受一个大企业的兼并对于濒临破产的企业是最好的出路。因为这不仅可以避免破产，保持企业的生产能力，而且在一定程度上可以满足企业的股东、债权人以及企业职工的利益。此外，企业兼并还可以避免或者减少因破产引起的社会代价如市场供给减少、技术流失、大批职工失业以及影响国民经济发展等一系列问题。然而，由于企业兼并也常常导致产生或者加强取得企业的市场支配地位，从而会引起产业政策和竞争政策的冲突。

联邦卡特尔局对于整顿合并已经发展了一个基本原则：如取得企业依其市场份额或者资源状况是市场上最强的竞争者，合并就不可能改善相关市场的竞争条件；在例外情况下，如果合并可能改善其他市场的竞争条件，则还需要进一步审查改善竞争条件的好处是否超过产生或者加强市场支配地位这一不利因素。在1974年VAW/Kaiser一案中，联邦卡特尔局认为淘汰被整顿的企业和企业合并都将使市场保持相同数目的竞争者，而合并又能导致产生或者加强市场支配地位，从而就禁止了合并。

整顿合并不仅可以改善被合并企业的经济地位，而且因为它能维护市场上现有的生产和市场结构，这在一定程度上就维护了国家整体经济的利益。对这种情况，联邦经济部长有权批准合并。在1977年的Thyssen/Huebler合并案中，虽然合并将会显著地加强Thyssen康采恩的市场支配地位，联邦经济部长还是许可该公司取得Huebler有限责任公司45%有表决权的股份。联邦经济部长解释说，这一合并不仅可以保住Huebler公司职工的就业岗位，使这个以高科技专业队伍装备的企业继续生存下去，而且从整体经济的角度，考虑到联邦德国对出口的依赖性，也不能放弃这个高效益的企业。

(2) 整体经济和社会公共利益

德国学术界占主导地位的观点是，整体经济的好处和社会公共利益只有通过市场竞争才能最大限度地得以实现。因为竞争政策和控制合并的目的是维护市场竞争，所以仅在例外情况下，联邦经济部长才能以整体经济和社会公共利益为由，批准一些严重限制竞争的合并。

在Thyssen/Huebler合并案中，保证职工的就业机会被看成是维护整体经济利益的重要因素。因为根据德国的经济稳定增长法第1条，高就业率是德国经济政策的重要目标。然而，这并不意味以保障就业为目的的合并都能得到经济部长的批准。在1990年的MAN/Sulzer合并案中，经济部长豪斯曼（Hausmann）指出，鉴于几乎每一个要求合并的企业都存在保障就业的问题，以此为目的批准合并的前提条件是，申请合并的企业应当证明，如果没有合并，企业职工将长期处于失业境地。

企业合并也可因生产合理化得到联邦经济部长的批准，前提条件是合理化生产对参与合并的企业非常重要，而且合理化的成果能够具体地得以证明。在MAN/Sulzer合并案中，虽然申请合并的企业提出，合并后的企业将每年增加3千万马克的利润，但联邦经济部长没有批准这个合并。其理由是，通过合并竞争者和限制竞争而实现的合理化，通常都不能使社会资源实现整体经济意义上的最优配置。他认为，真正可能出现合理化的情况是，随着合并实现了合理的规模经济，从而引进新的生产程序或者对整体经济有着特别重要意义的新技术。在这种情况下，如果没有企业合并就不能实现这个合理化时，合并就应当得到批准。

1989年，联邦经济部长以整体经济和社会公共利益为由批准了戴姆勒一本茨公司和MBB公司的合并。其理由是，合并将促进MBB公司的私有化，并且将国家研制空中客车所承担的风险和费用逐步转移给企业界，从而减轻联邦财政的沉重负担。据估计，联邦政府到2000年由此可减少50亿马克的财政支出。此外，这个合并还可加强德国企业在航空航天以及军备领域的国际竞争力。然而，尽管有上述理由，因为这个合并的规模过大，经济部长豪斯曼为此还是受到了法律界和经济界人士的批评，并由此在德国引发了一

场关于竞争政策和产业政策二者关系的热烈讨论。

康森巴赫批评德国政府在企业合并上重视产业政策而轻视竞争政策。他总结了三个理由：第一，企业合并的好处在短期内就可以看到，而坏处则要经过很长时间才能表现出来。所以，这里存在着一个短期合理化和长期维护竞争机制的矛盾。第二，合并的好处例如保障职工就业，是集中表现在合并企业的方面，且非常容易看得见；而坏处则是分散表现出来的，且容易被人们所忽视。第三，德国的经济政策一向注重生产者的利益，而轻视消费者的利益。而消费者的利益只能在市场有效竞争的条件下才能得到保护。为此，康森巴赫指出，控制企业合并必须从维护有效竞争的原则出发，一般产业政策的目的或者社会公共利益不应作为考虑的内容。他还指出，以合理化为由的合并仅当这个合理化没有完全消灭竞争且合理化具有长期效益的条件下才能得到批准。

（3）国际竞争力

反对限制竞争法第42条第1款没有对“整体经济的好处”和“社会公共利益”作出具体解释，但是特别提到要考虑参与合并的企业在国际市场的竞争力。德国政府和联邦卡特尔局一向认为，通过合并扩大企业的规模不一定能够带来经济效益，提高企业的竞争力。因此，规模本身不等于竞争力。基于这种看法，德国的出口企业在合并问题上一般不享有任何特权。以1975年的Babcock/Artos合并案为例。Babcock股份公司是德国最大100家企业之一，全球的年销售额为32亿马克。被合并的Artos公司是一个出口外向型康采恩，95%的纺织机械用于出口，全球年销售额为1.7亿马克，其中1150万马克来自国内市场。1974年以来，由于纺织机械国际市场的不景气，Artos的出口和生产遇到了很大的困难。为了摆脱困境，Artos准备接受Babcock的兼并。然而，联邦卡特尔局禁止了这个合并，理由是合并将会加强Babcock在国内纺织机械市场的地位，而且由于合并后企业的雄厚财力，中小企业将处于更加不利的竞争地位。后来，这个合并得到了联邦经济部长附条件的批准。批准书虽然谈到了要挽救这个出口企业，但批准合并的决定性因素是保障职工的就业。

在1989年MAN/Sulzer合并案中，联邦经济部长阐述了对国际竞争力的看法。MAN股份公司是德国生产慢速二冲程柴油发动机的独家企业，Sulzer是瑞士的一家股份公司，在许多国家经营柴油机的生产。MAN打算购买Sulzer的全部股份。因为该合并将加强MAN在德国国内市场的市场支配地位，联邦卡特尔局禁止了这个合并。联邦经济部长认可了联邦卡特尔局的这一禁令。他指出，MAN取得Sulzer虽然可以加强其国际竞争力，但这并不一定能够给整体经济带来好处。对此他解释说，根据反对限制竞争法第24条第3款，在考虑合并对整体经济的不利影响时，也要一并考虑对国际竞争的损害。一个以开放国际市场为宗旨的经济政策和竞争政策不应当鼓励企业通过合并的途径，在世界上谋求垄断地位。因此，如果一个合并可同时导致在国际市场和国内市场显著的市场势力，他将在职权范围内，从竞争政策出发，严格地审查合并。

然而，应当指出，德国联邦卡特尔局在近年来事实上越来越重视德国企业在国际市场的竞争力。如1987年联邦卡特尔局批准Fichtel & Sachs（简称F&S）和Mannesmann合并的一个理由是，F&S在国际市场的占有率从1976年的80%降为1987年的50%。联邦卡特尔局指出，随着德国汽车工业的零部件生产越来越面向整个欧洲市场，随着汽车市场越来越国际化，从竞争法的角度界定市场的时候，应当将目光放得更远一些。1989年戴姆勒-本茨和MBB的合并，实际上也是在德国政府一手推动和支持下启动的。除财政原因外，政府还特别考虑到德国企业在航天和航空领域的国际竞争力，认为在这个领域保持几个相互独立的竞争者，长期下去会削弱德国航空航天工业的国际地位。

五、对德国企业合并控制法的评价和展望

与美国当前灵活且松动的竞争政策相比较，联邦德国对企业合并一向执行着一个严格控制的政策。特别是反对限制竞争法第19条第3款依据市场份额对占市场支配地位企业的法定推断，在控制企业横向合并中始终发挥着很大的作用。从1973年引入企业合并控制到1989年底，德国发生的企业合并共计10848起，其中仅90起遭到联邦卡特尔局的禁止。这些被禁止的合并绝大部分为横向合并。然而，这些数目很小的被禁止了的合并不能充分说明德国企业合并控制在法律和经济上的重大意义。因为除了被禁止的合并外，人们还应当考虑到那些因慑于卡特尔局的威力，企业被迫放弃了的合并打算。据统计，这样的合并打算大约有180起。

鉴于被禁止了的合并打算以及事后被拆散的合并企业在数目上不是很多，有些人认为联邦卡特尔局在合并控制上所花的气力和其效益过分悬殊，因此，对反对限制竞争法的效力产生了怀疑。有些人则认为德国因不断强化企业合并控制，特别是依据市场占有率推断企业的市场地位，能够有效控制企业的横向合并，对限制经济集中发挥了极其重要的作用。尽管学术界对德国企业合并控制的效力褒贬不一，人们达成的共识是，在许多市场和许多场合下，控制企业合并不是一件容易的事情。目前，德国的商业市场存在着明显的集中趋势。为了控制大商业集团的合并，反对限制竞争法的第5次修订增加了一些新的干预标准，但这些标准似乎也没有发生很大的作用。

80年代以来，经济国际化的浪潮猛烈地冲击着德国企业。德国经济的特点是，国内市场狭小，国民经济的发展在相当程度上依靠对外贸易。在这种情况下，德国企业的国际竞争力对德国经济的发展就有着极其重要的意义。正是从这种观点出发，德国工业界经常批评德国政府的竞争政策，特别是批评联邦卡特尔

局，说它们在实施企业合并控制法中，目光短浅，只是盯住了德国的国内市场，没有充分考虑国际竞争对德国越来越大的影响，从而妨碍德国企业成为具有国际竞争力的大企业。对德国竞争政策的批评不仅仅来自德国的企业界，而且也来自其他方面。美国联邦贸易委员会主席奥利弗（Oliver）也撰文批评德国，指责它的竞争政策“没有跟上国际经济发展的步伐”。他特别批评德国卡特尔局在评价一个企业是否取得了市场支配地位的时候，无论是过去还是现在，都只是从国内市场出发。其结果是对企业的市场份额作出错误的测算，从而使德国企业失去了合并的勇气。

上述批评意见是正确的。当前，随着新技术和新产品的开发，许多经济领域包括电信、汽车制造、飞机制造、大型船舶、大型机械、计算机、药品和家用电器等，市场国际化的趋势十分明显。在这种情况下，企业的市场份额就不应当仅仅根据国内市场或者地区市场如欧共体市场进行计算，还应当考虑它们在全球市场所占的份额和地位。这即是说，测定企业市场份额的时候，应当考虑国际竞争关系。此外，还应考虑的是，在经济全球化的今天，企业需要什么样的财力和经济技术条件才有资格参与国际竞争。按照德国政府的观点，企业在国际市场的竞争力在原则上只能通过两个途径得以实现。第一是国内市场的有效竞争。根据德国占主导地位的观点，国内市场的有效竞争不仅可以保证消费者得到价廉物美的产品，提高企业在国内市场的竞争力，而且还可以保证德国经济在国际市场上的竞争力。第二是企业的内部积累。根据德国占主导地位的观点，企业的外部扩张原则上不能提高企业自身的经济效益，因为合并不过是剥夺了被合并企业的经济能力。这些观点是片面的。如果国内市场缺乏有效的竞争，企业在国际市场一般就不会有竞争力。然而，如果企业在国际市场遇到的是有着高技术、高效率和有着显著成本优势的竞争者，国内市场的有效竞争不一定能够保证企业在国际市场的竞争力。在这种情况下，为了加强企业在国际市场上的竞争力，企业合并虽然不是提高企业竞争力的唯一途径，但无疑是非常重要的途径。因为单个企业的财力和技术毕竟是有限度的，不能满足国际竞争的需要。

现在，随着经济国际化的潮流日趋明显，特别是国际上巨型企业的合并此起彼伏，德国联邦卡特尔局对此已经作出了积极的反应，提出在控制企业合并的时候，要一并考虑企业在国际市场的竞争形势。反对限制竞争法通过第6次修订已经取消了旧法第23a条基于市场销售额对市场支配地位的法定推断，通过修改宽容条款扩大了中小企业合并的自由，此外，现行第19条第2款第2项关于市场支配地位的事实构成增加了对德国境内外现存的和潜在的竞争的考虑，这说明德国在企业合并控制方面已经改变了过去过分严格的做法，而要执行一种务实和灵活的竞争政策。

相关文章：

[Challenges In Enforcing Chinese Antimonopoly Law](#)

[微软公司为什么在欧盟初审法院败诉？](#)

[知识产权强制许可中的反垄断法](#)

[反垄断法——中国经济体制改革的里程碑](#)

[滥用知识产权限制竞争的法律问题](#)

[两税合并是建立我国社会主义市场经济的重大举措](#)

[关于我国反垄断执法机构的几个问题](#)

[垄断行业改革的法律建议](#)

[反垄断立法的难点和热点问题](#)

[反垄断法中的政府行为](#)

[更多>>](#)

网络版权：中国法学网www.iolaw.org.cn “学者专栏”

[返回](#)

[网站简介](#) | [招聘信息](#) | [投稿热线](#) | [意见反馈](#) | [联系我们](#)

Copyright © 2003 All rights reserved 中国社会科学院法学研究所版权所有 请勿侵权

地址：北京市东城区沙滩北街15号 邮编：100720

