



## 欧盟并购控制效率抗辩问题研究

杜志华 蔡继祥

**摘要:** 欧盟立法很早就涉及到效率问题,但直到 2004 年新并购条例和横向并购评价指南的实施才明确承认了效率抗辩。欧盟效率抗辩的条件包括效率必须是可证实的,必须是并购所特有的,必须惠及消费者。我们应该借鉴欧盟的做法,积极构建以《反垄断法》为主体,以行政法规、地方性法规或者行政规章为补充的效率抗辩制度。我国目前还不宜采用消费者福利标准,而应该采用加权剩余标准。

**关键词:** 欧盟竞争法; 企业并购控制; 效率抗辩; 消费者福利标准; 加权剩余标准

### 一、欧盟并购控制效率抗辩的法律政策

#### (一) 2004 年《企业并购控制条例》(OJL 24, 2004)

在欧盟委员会 2001 年发布的复审 1989 年条例的绿皮书中,一些评论家认为,在判断并购是否会产生支配性地位时并没有正确考虑并购可能产生的效益。效率问题只在委员会个别决定中提到。2004 年新的并购条例制定开始,欧盟就明确承认了效率抗辩存在的必要性。2004 年条例采用“显著损害有效竞争”实体标准对并购进行评价,而非以前所采用的“滥用支配性地位”标准。条例序言(4)规定:符合动态竞争的要求,可以增进欧洲工业的竞争性,改善发展的条件,并提高共同体居民的生活条件的重组是受欢迎的。序言(29)规定,为了确定某一集中对共同市场上竞争的影响,应当对所涉企业提出的任何实际的和可能的效率均予以考虑;因为并购产生的效率可能抵消其对竞争本来可能产生的影响,尤其是抵消对消费者本来可能产生的潜在威胁,且结果是该并购并没有显著限制共同市场上或其重要部分的有效竞争<sup>①</sup>。尽管条例有法律约束力的条文中并没有对效率问题作出更进一步的规定,但序言的规定表明条例对效率因素的重视。

#### (二) 2004 年适用条约第 81 条第 3 款的指南(OJC 101/08, 2004)<sup>②</sup>

根据 2004 年条例规定,设立合资企业的集中所产生的协调效果由条约第 81 条第 1 款和第 3 款调整,为此委员会发布了适用第 81 条第 3 款的指南。指南引言明确承认效率抗辩的作用,即企业在被认定违反第 81 条第 1 款时,可以依据第 81 条第 3 款进行抗辩。

指南第三部分对第 3 款作了详细解释。指南规定,为确定评价应该考虑的效率种类,并进一步根据其他条件进行审查,首先必须证明效率的性质(如客观性)、反竞争行为和所主张的效率的相互联系(考虑直接性联系)、效率的可能性和重要性以及效率的获得途径和时间。对于效率的认定方面,指南的 3.2.1 中提到了效率必须是客观的,与反竞争行为

<sup>①</sup> 许光耀:《欧共同体竞争立法》,武汉大学出版社 2006 年,第 388、392 页。

<sup>②</sup> 1992 年签订的《欧盟条约》将《欧共同体条约》第 85 条和第 86 条分别修订为第 81 条和第 82 条。

的联系通常必须是直接的,以及效率的价值必须是具体的、可被证实的等要求。

关于反竞争行为对获得效率来说必须有合理的必要性,指南要求考虑反竞争行为与行为前相比是否产生了更高的效率;在个案中,当事人需要证明其他的替代性方法不能达到与实施的反竞争行为提高效率的相同效果;反竞争行为对竞争限制越大,对该条件的考察越严格。

关于消费者必须能够公平分享由反竞争行为产生的效率这一条件,指南认为该款意义上的“消费者”是指反竞争行为当事人的客户及以后的购买者;“公平分享”是指传递给消费者的利益必须至少能补偿反竞争行为违反该款而产生的现实或潜在的消极影响。该条件中含有一个滑动标尺(sliding scale),即反竞争的效果越大,所产生的效率必须越大,其中传递给消费者的效率也必须越多。效率的实现可能需要一定的时间,时间越长,就需要越多的效率来补偿消费者的损失。

关于反竞争行为不能消除相关产品重要部分的竞争,指南的规定表明保护竞争的考量仍然要优于反竞争行为所产生的或者潜在的效率收益;指南还指出,第81条第3款的最终目标是要保护竞争过程,短期的效率收益不能补偿竞争限制带来的长期损失。

### (三) 2004年横向并购评价指南(OJC 31/03, 2004)

2004年指南中所指的横向并购,是“在同一市场上互为实际或者潜在竞争者的企业之间发生的并购案件”。该指南第七部分专门解释效率的问题。委员会认为,只要并购有利于消费者且不会对竞争构成障碍,在评价并购时效率会被考虑;要使委员会在并购评价中考虑效率并接受抗辩,则效率必须同时满足三个条件:

第一,关于效率必须有益于消费者的要求。指南中规定,效率若要满足第一个条件,就必须是重大的和及时的,原则上应该有益于相关市场的消费者。只有当效率足够重大才能抵消反竞争行为带来的负面影响,而只有效率具有及时性,才会被委员会认为是一个抵消因素。第二,关于效率必须是并购所特有的要求。指南认为,只有当效率与申报的并购具有直接因果关系,并且此案用其他反竞争性更小的替代方式无法达到该效率的程度时,才会在并购评价中考虑这一效率因素。如果某一效率因素可以通过其他反竞争性更小的方式获得,则该效率不会被委员会所考虑。第三,关于效率的可证实性要求,它是指委员会能合理的确定效率是可实现的,并重大到足够抵消并购对消费者造成的潜在损害,证明效率符合以上三条件的举证责任由并购申报方承担。

### (四) 2008年非横向并购评价指南(OJC 265/07, 2008)

2008年非横向并购评价指南所调整的并购包括纵向并购和混合并购,其中纵向并购是指位于供应链上不同层次的企业之间的并购,混合并购则是指既不存在纯粹横向关系(如同一相关市场的竞争者),也不是纵向(如供应商和消费者)关系的企业之间的并购。

非横向并购评价指南分别列举了纵向并购和混合并购中经常出现的反竞争情形以及提高效率的情形。委员会认为,如果并购所产生的效率损害了竞争对手的利益,并不足以构成竞争问题,值得重视的是并购对有效竞争所产生的影响,而不是并购对处于供应链上同一环节的竞争者造成的冲击。委员会不但会考虑并购可能产生的反竞争效果,也会考虑其所产生并惠及消费者的效率以及由此而带来的促进竞争的效果;委员会将仔细审查各种因果链,并购造成的反竞争效果越是直接,委员会就越有可能提出质疑,反之,并购所造成的促进竞争效果越是直接,委员会就越有可能认为这些效果可以抵消其反竞争效果。

指南有关效率的重要阐述是第四部分对纵向并购的解释。委员会有权认定改善效率的并购与共同市场相容;对效率抗辩必须按照横向并购指南第七节中所规定的条件进行审查,即效率必须惠及消费者,是并购所特有的,是可以证实的。另外,该指南中还明确规定:如果并购所产生的效率,越多地激励被合并实体更有效支持竞争,委员会就越有可能认为该并购所产生的效率效果可以抵消其反竞争效果。这一条件和适用条约第81条第3款的指南中的第四个条件(不消除相关产品重要部分的竞争)是殊途同归,产生的效果相似。

## 二、欧盟效率抗辩评价标准分析

### (一) 效率抗辩评价标准的分类

根据不同市场方的利益,效率抗辩评价标准可以分为不同类型。消费者福利标准(消费者剩余标准)与总剩余标准是效率抗辩的两个基本评价标准,而从这两个基本类型中又衍生出了若干标准,如价格标准、希尔斯顿标准(Hillsdown Standard)、加权剩余标准等。上述各种标准共同要求为效率是并购所特有的,是可证实的;不同点则在于对效率惠及消费者的要求程度不同。

#### 1. 消费者福利标准

该标准以消费者福利为导向,与价格标准相同,关注并购对消费者利益的影响,如价格变化;不同点在于前者不仅考虑价格因素,还考虑产品质量、服务和创新等因素对消费者利益的影响。

英国采用的就是消费者福利标准。2003年以后英国效率抗辩制度则更倾向于以消费者福利标准为导向,对效率主张施加了更多的限制,尤其是惠及消费者的要求<sup>①</sup>。英国公平交易局(the Office of Fair Trading,简称OFT)根据企业法制定的并购实质性评价指南规定,OFT可以从两个方面考虑效率因素:一是提升竞争者的实力从而转移实质性减损竞争的负面影响,二是并购虽然没有转移实质性减损竞争的负面影响,但是此负面影响为并购后惠及消费者的效率所抵消。OFT适用的效率抗辩的条件:一是主张的效率应该是可证明的,二是效率属于并购所特有的,三是效率可能惠及消费者。在“惠及消费者”方面,欧盟横向并购评估指南用的是“have to”,而OFT指南中的措辞是“likely”,英国采用的“弱化”的消费者福利标准,减轻了并购当事方的证明责任,降低了效率抗辩失败的风险。Global/GCap案就是通过有力证据支持的效率主张而使得并购获得批准,这不能不说是效率抗辩适用上的一个发展<sup>②</sup>。

#### 2. 总剩余标准

该标准兼顾消费者利益和生产者利益,不仅关注消费者利益,也关注生产者利益;造成价格上升的并购也可能得到批准,只要该并购产生了效率收益;效率不必惠及消费者,利益在生产者和消费者之间转移是中立的。

巴西财政部和司法部1999年根据巴西竞争法(即8884/94号法律)发布了横向并购指南。该指南将并购的评价分成五个步骤:第一步确定相关市场;第二步考察是否有重要的市场份额;第三步分析行使市场力量的可能性;第四步是否产生效率利益;第五步行使市场力量的成本是否大于产生的效率。很明显,效率因素纳入了并购评价过程。效率应该是并购所特有的,是可证实的以及有利于社会经济福利。巴西指南要求并购造成的反竞争效果与其产生的效率相抵消,不能对社会经济福利造成负面影响,其采用的是社会经济福利标准,即总剩余标准。不过,指南还强调并购必须在并购参与者和消费者之间公平分享效率,对消费者利益的影响仍然受到重视,巴西实际上采取的是侧重于消费者利益的社会经济福利标准。

#### 3. 加权剩余标准

该标准给予竞争主管机关自由裁量权,由竞争主管机关在生产者和消费者之间进行利益分配从而决定倾向于消费者剩余或者生产者剩余,它是在个案分析基础上权衡利益的分配来体现社会价值的标准。一般来说消费者利益要高于生产者利益。美国采用的就是加权剩余标准。

美国1997年修订的横向并购指南专设第四章规定了效率抗辩适用的条件:(1)效率必须是并购所特有的;(2)主张的效率必须是可证实的;(3)效率必须是重大的,足以抵消反竞争效果的影响。美国司法部和联邦贸易委员会2006年对横向并购指南的评价更通过实例详述了效率抗辩的条件。

指南虽然没有规定“效率必须惠及消费者”,但是仍然暗含了一个要求,即效率的重大性——并购所产生的效率应该能够抵消并购对相关市场的消费者可能产生的损害。因此有学者认为,并购所产生的

<sup>①</sup>An Renckens. "Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining the Efficiency Defense". *J. Competition L. & Econ.*, 2007(3), p. 156.

<sup>②</sup>Ioannis Kokkoris. "Assessment of Efficiencies in Horizontal Mergers; the OFT is Setting the Example", *E. C. L. R.*, 2009, 30(12), pp. 593~595.

效率应当有利于消费者,应该根据并购所产生的低价格和产量增加等效率传递给消费者的程度来评价并购,主张指南采用的是消费者福利标准。也有学者认为,美国横向并购指南采用的是总剩余标准和消费者福利标准相结合的方式,那些并购所产生的积极效率虽然没有立即惠及消费者,但仍然有受到主管机关重视的可能性,只要效率可以被证明最终会惠及消费者<sup>①</sup>。在效率可证实性方面,由于考虑到量化效率会弱化效率抗辩的效果,美国并没有像欧盟那样要求对预测的效率进行量化,其采用加权剩余标准,同时也侧重了对消费者福利的考虑。

## (二) 欧盟效率抗辩评价标准:消费者福利标准

2004年欧盟横向并购评价指南第七部分规定效率抗辩必须同时满足三个条件:效率必须惠及消费者,必须是并购所特有的,必须是可证实的。指南确立了消费者福利标准,有利于符合消费者利益的并购得到批准。但是从2004年以后的实践来看,效率抗辩的重要性并没有想象的那么大,至今委员会和欧盟法院也没有一项决定或判例是单纯因为效率抗辩而使并购获得批准的。欧盟消费者福利标准具体运用中存在着明显的不足:

### 1. 侧重静态效率,动态效率重视不够

在效率类型方面,横向并购评价指南规定了静态效率和动态效率,但是委员会官方认为初始竞争评价注重于静态效率,而动态效率只在最终评价中得到考虑。委员会实践做法注重于短期消费者福利,对长时间才产生的动态效率不太重视<sup>②</sup>。静态效率易于量化,例如商品的价格和数量,动态效率较难以确定,例如产品改良和技术革新等。动态效率更有可能给消费者带来诸如低价格的效率收益,初始评价只局限于考虑静态效率可能会不利于那些声称只有动态效率的并购申请获得批准。

### 2. 对效率及时性和重大性的确定缺乏可操作性的规定

效率及时性和重大性的方面,委员会采用了滑动标尺的方法,但缺乏明确的可操作性规定。对及时性的要求,有主张采用固定期限的,有推崇个案分析确定的,从委员会实践看是倾向于个案分析的方式;对重大性的要求,并购对竞争可能的负面影响越大,要求并购获得的效率就越要重大,所以正如指南所言,一项构成垄断或接近垄断的并购几乎是不可能通过效率抗辩而得到批准。一些学者认为不应该排除效率抗辩在构成垄断或接近垄断的并购中的适用,实质上委员会也没有完全排除批准该类并购的可能性,只是由于对此类并购所产生的效率的证明缺乏明确的可操作性的规定,并购很难得到批准<sup>③</sup>。

### 3. 并购方举证责任繁重<sup>④</sup>

关于并购惠及消费者这一条件,有些学者认为,惠及消费者的证据很难收集,这可能会成为有关企业不能克服的困难,最终将导致效率抗辩主张无法提出或被驳回。也有学者建议,针对不同的效率类型规定不同的惠及消费者程度要求,并减轻并购方在这一方面的举证负担,从而避免对效率抗辩构成不必要的限制。在对效率抗辩评价的第二个条件“效率必须是并购所特有”的解释中,委员会没有明确对反竞争性更小的替代方式的认定范围,只是在横向并购评价指南中要求替代方式是反竞争效果更小、更现实和可行的,至于如何确定现实性和可行性也没有具体的规定。另外,委员会将是否存在所谓的替代方式的证明责任施加给并购方,这成为了并购方提出效率抗辩的巨大障碍,因为证明没有其他可替代的方式比证明效率的存在还要困难。效率抗辩评价的第三个条件是“效率必须是可证实的”。由于并购的大量信息都掌握在并购方手中,并购案信息的不对称可能直接增加并购方的举证负担。

## (二) 欧盟效率抗辩作用有限的原因分析

### 1. 效率因素在竞争分析中只是作为平衡因素对待

欧盟委员会在评价并购是否与共同市场相容的过程中,很多情况下都是将效率作为减轻因素和其他

① An Renkens. "Welfare Standards, Substantive Tests, and Efficiency Considerations in Merger Policy: Defining the Efficiency Defense", p. 155.

② Mitja Kocmut. Efficiency Considerations and Merger Control-Quo Vadis, Commission? *E. C. L. R.*, 2006, 27(1), p. 23.

③ Mitja Kocmut. Efficiency Considerations and Merger Control-Quo Vadis, Commission? p. 24.

④ Mitja Kocmut. Efficiency Considerations and Merger Control-Quo Vadis, Commission? pp. 20~26.

因素结合来考虑的。有学者认为,委员会近几年的并购评价实践表明,委员会意图将效率因素作为竞争分析中的一个平衡因素来对待<sup>①</sup>。对效率抗辩的考虑存在争议,一方面是因为效率抗辩在立法中并没有被非常明确地接受,对效率抗辩各方面的规定也不具体,这是委员会过去的实践做法和并购条例及相关指南所确定的现行效率抗辩评价标准导致的直接结果;另一方面,对效率抗辩的看法难以达成共识,反对者认为效率因素很难量化,特别是效率完全依赖于对一个未完成的并购所产生的效益的预测,而支持者认为可以通过举证责任由支持并购当事方承担来解决,并要求所主张的效率必须明确和重大<sup>②</sup>。

## 2. 对效率的评价采用的是整体性评价(overall assessment)方法

欧盟采用的整体性评价方法就是指对效率的评价采用与竞争损害评价相同的标准,包括质和量两方面,效率极有可能被委员会作为并购产生反竞争效果的一个因素来对待。有欧盟学者建议,对效率的评价不采用“整体性评价方法”,而采用“两步法”(two steps),即将效率和竞争损害的评价分别适用不同的标准。但是有学者认为,并购条例和指南中规定的效率类型、效率时限以及举证责任等,都使得委员会采用了“整体性评价方法”。而且产业界中潜在的并购当事方也倾向于支持此方法,“两步法”对并购方提出了更严格的要求,实际操作也更加复杂,将效率抗辩与竞争损害置于不同标准之下,会使效率与竞争损害的确定变得更加困难<sup>③</sup>。

## 3. 非横向并购与横向并购的处理方式混同

为保证与横向并购评价指南的一致性,委员会在非横向并购评价指南第53段规定纵向并购的效率评价与横向并购指南一致,评估的具体内容也参见横向并购评价指南第79—88段的规定。但是,两类并购在竞争损害、效率类型、效率的时限要求和证明责任四个方面有很大的差异,这种完全借用的做法遭到很多学者的批评<sup>④</sup>。首先,非横向并购评价指南就承认,非横向并购比横向并购对竞争的损害要小,大部分的混合并购并不会造成竞争问题。其次,在效率类型方面,由于并购各方之间的活动和产品具有互补性,所以纵向并购和一些混合并购为提高效率提供了很大空间。非横向并购评价指南沿袭了横向并购评价指南的做法,规定的效率类型大多侧重于静态效率,例如交易成本的降低等,从而忽视了不直接影响最终产品价格的动态效率,限制了效率抗辩主张的可能范围。再次,在效率产生的时限方面,采用横向并购评价指南的滑动标尺方法,忽略了非横向并购产生的效率的特殊性。最后,在效率抗辩举证责任方面,委员会也应当更加积极地看待对竞争的损害相对要小的非横向并购,并为两类并购中的并购方规定不同的举证责任。

# 三、我国并购控制中的效率抗辩问题

## (一) 我国并购控制效率抗辩法律政策现状

我国2007年《反垄断法》中与并购相对应的概念是经营者集中。《反垄断法》后我国又相继出台有若干配套指南,具体涉及到经营者集中申报标准、关联市场界定以及金融业经营者集中申报营业额计算办法等。

《反垄断法》第27条规定了反垄断主管机关审查并购所要考虑的因素,不仅要考虑竞争性因素,还要考虑效率因素、消费者福利、国民经济发展以及社会公共利益等非竞争性因素;不仅重视消费者福利,还重视社会整体福利。第28条则规定了禁止并购的条件和除外情况。即“经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响,或者符合社会公共利益的,国务院反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定。”可见我国《反垄断法》是明确支持效率抗辩的。

①Ioannis Kokkoris. “Assessment of Efficiencies in Horizontal Mergers; the OFT is Setting the Example”. *E. C. L. R.*, 2009, 30 (12), p. 588.

②Robert Pitofsky. “Efficiency Consideration and Merger Enforcement; Comparison of U. S. and EU Approaches”, *Fordham Int'l L. J.*, 2007, 30, p. 1413.

③Alexandr Svetlicinii. “Assessment of the Non-Horizontal Mergers; is There a Chance for the Efficiency Defence in EC Merger Control”, *E. C. L. R.*, 2007, 28 (10), p. 534~537.

④Alexandr Svetlicinii. “Assessment of the Non-horizontal Mergers; Is There a Chance for the Efficiency Defence in EC Merger Control? p. 530~533.

由于我国效率抗辩规定仍然具有很强的中国特色,豁免尺度等问题留有空白,具有一定的妥协色彩,没有明文规定效率抗辩评价标准条件<sup>①</sup>,效率因素作为一种抗辩事由,尚缺乏实际操作性,难以在经营者集中的实质审查中切实发挥作用。实践中我国对效率因素的考虑也还只是作为并购审查考虑的一个因素,并不能作为批准并购的独立且充分因素来对待。

2009年商务部对可口可乐收购汇源案的审查部分地反映出我国并购审查的现状。商务部经审查最终否决了该收购计划。商务部考虑的因素包括了市场份额、市场集中度、并购对技术进步的影响、并购对消费者和竞争者的影响以及品牌开发等。但是由于商务部的决定论述过于简单,没有体现出对并购效率的评估,很容易被认为是民族保护主义的表现<sup>②</sup>。为提高我国并购案件审查决定的合理性和透明度,完善我国效率抗辩相关规定势在必行。

## (二) 欧盟模式对我国的启示

### 1. 在立法模式上,我们应该做到法律原则性规定与工作指南灵活性规定相结合

我国效率抗辩制度可以以《反垄断法》为法律依据,制定相应的具体指南,从而解决我国并购控制领域原则性规定较多,而具体操作性细则欠缺的问题。根据我国的立法体系特点,具体细则不一定是没有法律约束力的工作指南,可以是行政法规、地方性法规或者是规章,这样做既能够保持法律规定的灵活性,又可以避免像欧盟那样因为指南没有法律约束力而大大减损效率抗辩作用的弊端。

### 2. 在效率抗辩评价标准方面,我国应该采用加权剩余标准

欧美发达国家基本上采用了消费者福利标准,而像巴西这样的发展中国家则采用总剩余标准。我国目前在并购控制中应更多地从国家整体利益出发,以增强国家产业竞争力作为并购控制制度的重要目标,所以目前尚不宜采用消费者剩余标准。为了防止对消费者利益的损害,主管机关在审查并购时,也应要求并购方证明并购所产生的效率可以惠及消费者<sup>③</sup>。不仅如此,我们在注重社会总体福利的同时,对发生在与消费者关系密切的行业的并购还应该侧重关注惠及消费者的效率,即采用加权剩余标准。我国可以这样规定:效率必须是并购所特有的,是可证实的,是有利于社会经济福利的,特别是消费者福利。

### 3. 在效率评价条件和方法的规定上力求细化,提高可操作性。

在效率类型上,应该静态效率与动态效率并重。我国主管机关审查中应该对可以促进产品改良和技术革新的动态效率给予更多的重视;在效率评价方法上,鉴于我国效率抗辩处于起步阶段以及“两步法”实际操作的复杂和困难,为减少竞争主管机关和并购方的负担,宜采用整体性评价方法;在确定效率的及时性和重大性方面,可以借鉴欧盟做法以滑动标尺方法为主要评估方式,并辅以列举式规定,未列举规定的适用个案分析方法;另外,还应该针对横向并购和非横向并购做出有针对性的规定。

■ 作者简介:杜志华,武汉大学国际法研究所副教授,法学博士;湖北 武汉 430072。

蔡继祥,中国飞行试验研究院法律顾问,法学硕士;陕西 西安 710089。

■ 责任编辑:车 英

① 史建三:《反垄断法的时空运筹与后续思考——以经营者集中为视角》,《中国并购法报告》,法律出版社2008年,第46页。

② Mark Furse, "Merger Control in China: the First Year of Enforcement", *E. C. L. R.*, 2010, 31(3), p. 104.

③ 吴汉洪:《中国反垄断法有效实施的基本保障——中国企业横向并购指南探讨》,《中国并购法报告》,法律出版社2008年,第33页。