

企业合并反垄断审查中的行为救济

韩 伟*

内容摘要:企业合并反垄断审查中的附条件批准又被称为合并救济,结构救济与行为救济是最为典型的分类方式。基于对行为救济难以执行与监督、成本较高以及扭曲市场机制的较高风险的担忧,国外反垄断执法部门普遍更为青睐结构救济。行为救济在很多环境下较之结构救济更适合处理竞争问题,应对市场的不断变化,避免过度干预合并交易,然而以往理论界与实务界对行为救济有效性的担忧可能被过度夸大。我国执法部门对行为救济应持积极的态度,完善其相关规则,在具体案件中注重救济方案的科学设计,加强救济措施的可执行性与可监督性。

关键词:反垄断 合并救济 结构救济 行为救济

一、前 言

对企业合并进行反垄断审查是世界各国反垄断法律制度的核心内容之一。从各国反垄断执法经验来看,企业申报的合并交易中,完全被禁止的很少,绝大部分都是无条件或附条件得到批准。^[1]合并对市场竞争可能造成的不利影响,很多情况下可以采取特定措施来预防。以附加限制性条件为前提来批准合并交易,被称为合并救济,《中华人民共和国反垄断法》(以下简称《反垄断法》)第29条规定为经营者集中附条件批准。合并救济最普遍的分类方法是结构救济与行为救济。^[2]一般而言,结构救济涉及改变产权配置的结构性的措施,包括完全或部分剥离一家正常运营的企业;行为救济则涉及旨在限制合并企业产权的行为性的措施,包括合并方承诺不滥用某些可利用的资产或者参加特定的契约安排。^[3]

*中国科学院大学讲师,师资博士后。

本文为2013年国家社科基金青年项目“合并救济中限制性条件的匹配性研究”(项目批准号:13CFX064)、中国博士后科学基金第6批特别资助项目“云计算环境下垄断行为的认定、抗辩与救济研究”(项目批准号:2013T60153)、2012年度国家社科基金重大项目“垄断认定过程中的相关市场边界划分原则与技术研究”(项目批准号:12&ZD200)的阶段性研究成果。

[1]王晓晔:《中华人民共和国反垄断法详解》,知识产权出版社2008年版,第188页。

[2]Stephen Davies & Bruce Lyons. *Mergers and Merger Remedies in the EU*. Edward Elgar Publishing Limited, 2007, pp.13—17.

[3][美]马西莫·莫塔:《竞争政策——理论与实践》,沈国华译,上海财经大学出版社2006年版,第224页。

从世界各国反垄断执法部门的实践来看,以资产剥离^[4]为代表的结构救济最受执法部门的青睐,^[5]执法部门普遍认为结构救济较之行为救济更适合解决合并交易可能导致的竞争问题。在美国联邦贸易委员会2003年的《合并救济商谈申明》(Statement of the Federal Trade Commission's Bureau of Competition on Negotiating Merger Remedies)以及美国司法部2004年的《合并救济指南》(Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies)中,^[6]都清晰表明了执法部门更青睐结构救济。欧盟2008年的修订版《合并救济通知》(Commission Notice on Remedies Acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004)也清晰传达了欧盟委员会对于行为救济不会优先考虑的态度。

2009年我国商务部发布的《经营者集中审查办法》第11条正式明确了我国合并救济的三种限制性条件,即结构性条件、行为性条件以及结构性条件和行为性条件相结合的综合性条件。从实践来看,自2008年8月《反垄断法》实施以来,截至2013年7月,我国共有18起合并案件被附条件批准。从这18起案件适用的救济措施来看,英博收购AB公司、通用收购德尔福、诺华收购爱尔康、乌钾吸收合并谢钾、丸红收购高鸿等11起案件完全适用行为救济。^[7]值得我们注意的是,作为一个反垄断执法经验并不成熟的国家,我国合并救济执法中如此高频率地使用行为救济,这似乎与国际上对于行为救济的主流态度并不一致。行为救济的本质属性如何界定?它又具有哪些优缺点?哪些情形下执法部门可以考虑适用,甚至优先适用行为救济?对这些问题的思考,无疑有助于我国反垄断立法的完善与执法的推进。

二、行为救济的厘定

(一)行为救济与结构救济的区分

合并救济存在多种分类方法,^[8]但目前为理论界与实务界普遍认同的分类方法就是结构救济与行为救济的分类法。由于行为救济是作为一种与结构救济相对应的救济方式而存在,对其理解就有必要与结构救济联系起来。国际竞争网络组织(ICN)2005年的合并救济工作报告(Merger remedies review project: report for the fourth ICN annual conference)中指出,行为救济是通过改变交易当事人或者其他主体的行为来处理合并交易可能导致的竞争损害。结构救济则是通过对市场结构的直接干预来处理合并交易可能导致的竞争损害。结构救济往往涉及合并企业特定资产产权的转移,典型形式就是资产剥离。行为救济则主要是对合并企业的行为进行约束,这种约束可以体现为某些行为的积极作为或者消极不作为,不会涉及合并企业资产产权的转移。

虽然将合并救济划分为结构救济与行为救济被广为接受,但这种分类方式也具有相对性。实践中有些救济措施便很难从结构救济与行为救济的角度进行精确区分,比如“开放救济”便兼具结构性与行为性特征。开放救济主要涉及合并企业开放相关市场中竞争所必需的特定基础设施或者资源,比如合并企业承诺将其拥有的特定知识产权许可他人使用。以知识产权许可中的许可费支付为例,

[4]资产剥离是试图将交易当事人的特定资产出售给第三人,强化其竞争力,从而确保合并发生后相关市场竞争水平的适度维系。结构救济中剥离的可能是资产,也可能是构成业务单位的资产组合,为便利表述,本文资产采用广义内涵。除特殊说明外,本文“资产”概念包含“业务”的含义。

[5]Alison Jones & Brenda Sufrin. EC Competition Law. Oxford University Press, 2008, pp.1079—1080.

[6]值得注意的是,美国司法部2011年新版《合并救济指南》对行为救济的作用直接予以了肯定。

[7]本文主要关注作为独立救济措施类型的行为救济,为实现结构救济目标而存在的,具有行为性要素的救济措施不是本文研究重点。

[8]比如欧盟委员会2005年的《合并救济研究》中就将合并救济分为转换市场地位的承诺、撤出合营企业的承诺、开放市场的承诺以及其他承诺四种类型。

有些案件可能是采取一次性支付方式,这种情况下开放救济具有资产剥离的结构性特点。有些案件对许可费则可能采取分阶段、分次议价的方式进行支付,开放许可这时就具有持续进行的行为性特点。针对行为救济与结构救济区分的模糊性,有学者建议运用一种所谓“划清界限”的标准来进行判断。^[9]所谓划清界限是指救济措施不会在合并完成后的企业与其他市场主体(包括上游、下游以及水平市场的主体)或者执法部门之间建立特定的联系。结构救济在本质上就属于划清界限的救济方式。而行为救济则很难在合并后的企业与其他主体之间划清界限,因为它在执行与监督方面的需求会导致合并交易后的企业与其他主体之间建立各种特定的联系,比如向竞争对手提供技术援助或者供应货物,或者向执法部门定期汇报执行情况等。因此,以划清界限的标准来看,那些能够确保合并后的企业不与其他主体建立特定联系的救济方式就属于结构救济,导致建立各种联系的救济方式则应该归类为行为救济。

(二)行为救济的类型

行为救济可以结合合并交易的具体情况在救济措施上不断创新,因此其形式具有开放性,很难被完全列举。依据行为救济的直接目的,可以将行为救济划分为促进横向竞争的行为救济和控制合并结果的行为救济两大类,这种分类方式在国际竞争网络组织2005年的合并救济工作报告中就有体现。

促进横向竞争的行为救济旨在通过对合并后企业的行为附加特定的约束条件,促进相关市场中合并后的企业与其竞争者之间的竞争。依据ICN2005年的合并救济工作报告,这种类型的行为救济又可细分为三类:第一,阻止合并企业运用其横向市场势力去封锁市场或者减少竞争的救济措施。这类行为救济可能涉及禁止搭售、限制掠夺性定价或者阻止排他性合同的适用。第二,阻止合并企业运用其纵向市场关系去破坏或者限制横向竞争的救济措施。比如,当合并后的企业控制着一种其他企业与其开展竞争所必需的基础设施时,可能要求合并后的企业开放基础设施,并对开放过程所涉及的价格或者条件进行约束。第三,为鼓励竞争而改变买家^[10]行为的救济措施。比如向买家提供信息,或者针对特定商品的公开投标程序要求,来便利买家转换供应商。与前述三种促进横向竞争的行为救济不同的是,控制结果的行为救济试图通过直接控制产品价格或者产品范围等合并可能带来的特定结果,从而阻止竞争损害的出现,比如限定价格上限或者限定服务水平等。在欧盟2003年批准的维邦与安联能源合并案中,为处理平衡能源方面的问题,该案的救济措施中便设置了一项过渡性质的价格上限措施。该案中的这一限价措施被认为可以减少竞争者的相关价格风险,并促进澳大利亚与相邻国家在平衡能源市场方面的一体化。

三、行为救济的特点

采用各种救济措施的目的是为了有效处理合并交易可能导致的竞争问题,因此,我们对行为救济特点的考察主要关注它在处理竞争问题方面的优势与劣势。

(一)行为救济处理竞争问题的优势

1.行为救济更适合处理某些反竞争效果

对于合并交易可能导致的某些反竞争效果的处理,行为救济可能比结构救济更适合。比如,在纵向合并或者混合合并案件中,交易完成后可能会出现相关市场中基础设施的开放受到限制或者市场封锁的现象。这种情形下,运用资产剥离等结构救济措施的效果可能并不理想,并会破坏合并的特有

[9]Stephen Davies & Bruce Lyons. *Mergers and Merger Remedies in the EU*. Edward Elgar Publishing Limited, 2007, pp.P41—43.

[10]这里的买家是指合并后的企业的消费者,通过特定措施影响这些消费者的选择行为,可以促进合并后的企业与其竞争者之间的横向竞争。

效率,产生不必要的成本。而通过行为救济来处理,比如运用非歧视性的基础设施或技术平台的开放许可,或者非歧视性公平交易条款,则可能在成功处理合并导致的反竞争效果的同时,还能最大限度地维持合并交易的特有效率。2010年美国联邦贸易委员会处理的百事公司案,便是近年执法部门运用行为救济处理纵向交易反竞争效果的典型案例。^{〔11〕}

2.行为救济更适合应对市场的不断变化

结构救济一旦执行就不能进行回复或者调整,即使发现它没有产生预期效果或者对企业造成过重负担。行为救济则非常灵活,可以依据不同案件的具体情况灵活设计具体的救济措施。此外,行为救济还具有可回复性,依据市场环境的变化,行为救济措施往往还可以在后期进行调整。灵活性与可回复性使得行为救济在应对不断变化的市场环境,特别是在处理技术市场或者网络市场等新兴市场中的合并案件时,成为一种更优的工具。比如,2011年年初,美国司法部便运用行为救济附条件批准谷歌公司收购ITA软件公司。执法部门要求谷歌继续授权其他公司使用ITA的软件,继续开发ITA的产品并提供给竞争对手,并建立一项防火墙使谷歌无法接触到竞争对手的敏感信息。

3.行为救济可以避免过度干预合并交易

行为救济往往不需要像结构救济那样对合并交易的结构直接进行干涉,所以有时可以避免对合并交易的过度干预。比如,对于跨境合并交易,往往只有部分国家、地区的反垄断执法部门需要对之进行反垄断审查。当合并可能导致的竞争损害只在特定国家或地区发生时,当地执法部门通过在有限区域内适用行为救济,而不对跨境交易的结构本身进行干涉,往往可以更便利地针对特定问题设计救济措施,在适当地处理竞争问题的同时,避免过度干预合并交易。

4.行为救济可以配合结构救济来实现合并救济目的

从各国合并救济的实践来看,以结构救济为核心的合并救济案件中,有时会同时设置行为救济来配合结构救济,从而确保合并救济目的的实现。以我国商务部2009年附条件批准的三菱丽阳公司收购璐彩特公司案为例,该案的核心救济措施是结构救济,即要求璐彩特中国公司将其年产能中的50%剥离出来,一次性出售给一家或多家非关联的第三方购买人,剥离的期间为5年。同时,为确保充分解决竞争问题,该案还附带进行了行为救济,对合并后企业的行为进行了限制。即未经商务部事先批准,合并后三菱丽阳公司在拟议交易交割后5年内不得在中国收购甲基丙烯酸甲酯(MMA)单体、聚甲基丙烯酸甲酯(PMMA)聚合物或铸塑板生产商,不得在中国新建生产甲基丙烯酸甲酯单体、聚甲基丙烯酸甲酯聚合物或铸塑板的工厂。

(二)行为救济处理竞争问题的劣势

就行为救济处理竞争问题的劣势而言,目前理论与实务界的关注点主要集中于行为救济的有效性、成本以及扭曲市场机制的风险等方面。

1.行为救济难以执行与监督

首先,行为救济形式多样,有些救济措施有时难以明确界定,从而很难有效执行。比如,有些案件中会设置“公平交易条款”,要求合并后的企业与交易相对人进行交易时要公平合理。由于公平交易条款中的平等、非歧视等要素很难认定,这类行为救济措施有时就很难明确。在2000年欧盟处理的壳牌公司与巴斯夫公司合并案中,为解决竞争问题,除资产剥离外,该案救济措施还涉及当事人拥有的一项专利权的开放许可。在该救济措施的执行过程中,有企业向欧盟委员会投诉,认为巴斯夫公司违反其专利许可义务,没有向被许可人公开所有的专有技术。委员会最终判定,造成这一争议的原因是救济措施对于专有技术没有明确界定,从而影响了救济措施的有效性。

其次,有些行为救济措施非常复杂,执行过程难以监督,容易被规避。在获得附条件批准后,合并后的企业可能实施特定行为去削弱救济措施的有效性,从而达到规避合并救济的目的。比如,在2009

〔11〕该案涉及百事公司收购百事装瓶集团(Pepsi Bottling Group)和百事美国(PepsiAmericas)这两家公司,它们是百事公司最大的两家装瓶公司和分销商。

年我国商务部批准的通用收购德尔福案中,一项行为救济措施是集中交易完成后,通用汽车不得非法寻求获得德尔福掌握的国内其他汽车厂商的竞争性保密信息,德尔福不得非法向通用汽车披露其掌握的国内其他汽车厂商的竞争性保密信息,双方不得以正式或非正式的方式非法相互交换和沟通第三方的竞争性保密信息。该案救济措施中对信息交流的限制就很难被有效监督,相应地也就很容易被规避。实际上,行为救济的复杂性可能使得其在被设计时就存在一些漏洞,合并后的企业则可能利用这些漏洞,在不直接违反所附行为性义务的同时,规避合并救济的目的。

再次,行为救济对反竞争效果的处理可能不够彻底。基于对合并后企业的行为进行干预的行为救济,试图和结构救济一样,处理源自市场结构不当变动而导致的反竞争效果。但由于行为救济毕竟没有对市场结构的不当变动本身进行修正,因此其救济效果就可能不如结构救济那样彻底。

最后,行为救济相对冗长的执行期限也可能影响其达到预期效果的确定性,而消费者利益也可能由于救济措施执行的拖延而受损。比如,前文提到的三菱丽阳公司收购璐彩特公司案中,有关合并企业未来不再收购也不再建新厂的行为救济,该救济措施的期限就长达5年。由于执行期限过长,执法部门与社会公众对于合并交易以及合并后企业的行为的关注度可能会随时间推移而逐步降低。如果监督机制不能得到持续的保障,则企业就有可能基于商业利益考量而规避救济措施的完全、适当执行。

2.行为救济的成本可能过高

行为救济的成本主要体现在救济措施的确定、监督与执行环节。在救济措施的确定阶段,执法部门往往需要在较短的审查期限内决定适当的救济措施,^[12]但执法部门决策所依赖的信息量却可能不足。信息不对称问题会导致执法部门不能完全理解合并交易所处特定产业的商业模式,最终确定的救济方案可能导致救济不当、救济不足或者救济过度。在救济措施的监督与执行阶段,行为救济的相关成本则与救济措施的复杂程度以及执行期限的长短直接关联。为确保行为救济的监督与执行,执法部门有时需要对市场信息进行持续的收集与分析,这可能使得执法部门对市场造成过多的干涉。此外,由于合并后的企业可能不会尽力去执行救济措施,就需要花费大量资源对之进行密切的监督检查。当出现问题时,执法部门还要花费资源去解决问题。

3.行为救济扭曲市场机制的风险可能过高

如果行为救济措施的执行需要经历一段很长的期限,并且涉及对市场的直接干预,则行为救济很可能会扭曲市场运行机制,影响市场效率。比如,某些行为救济措施可能会直接对产品价格进行限制,扭曲市场价格机制与激励机制,可能阻止新的市场进入或者抑制企业开发新产品。又比如,当行为救济涉及合并后的企业与第三方之间的合作时,它也可能会促进竞争者之间的信息交流,从而便利共谋。

四、行为救济的适用

尽管过去欧美在政策表述上明确了合并救济中结构救济的优先适用地位,对行为救济持怀疑态度,但从实践来看,执法部门还是在不少案件中运用了行为救济。比如,2009年欧盟的汉莎航空与SN航空合并案,2010年美国司法部的特玛捷票务公司与演唱会公司“现场国度”合并案以及联邦贸易委员会的百事案,都是近几年引起各界广泛关注的适用行为救济的典型案。实际上,主张优先适用结构救济的观点并没有提供充足理由去说明,当合并企业提出一项可执行的、监督难度不大的行为救济建议时,执法部门为何不能积极地予以考虑。^[13]经济合作与发展组织2003年的合并救济会议报告

[12]具体救济措施一般由合并交易当事人提议,执法部门评估之后再决定是否采纳。

[13]Philip Marsden. Handbook of research in trans-Atlantic antitrust. Edward Elgar Publishing Limited, 2006. pp.108—152.