

【法学】

# 反垄断法规制企业合并的控制 程序比较:美国与德国 ——评《反垄断法》草案的相关规定

涂 卫

(中央民族大学 法学院 北京 100081)

**摘要:**发达国家的经验告诉我们,企业合并带给市场的最大危害莫过于垄断问题。对企业合并的控制程序成为反垄断法的重要任务。通过比较美国和德国反垄断法规制企业合并的控制程序,针对中国《反垄断法》(草稿),提出了完善中国反垄断法规制企业合并的程序方面的几点建议。

**关键词:**反垄断法;企业合并;控制程序;申报制度

中图分类号:D908

文献标识码:A

文章编号:1671-6248(2004)03-0058-05

## Comparison of controlling procedures of enterprises amalgamation: America and Germany

——with argumentation of the draft of Anti-monopoly Law

TU Wei

(School of Law, Central University for Nationalities, Beijing 100081, China)

**Abstract:** The experience of developed countries shows us that the amalgamation of enterprises will cause no greater harm to the market than the monopoly problems. The controlling procedures of amalgamation of enterprises play an important role in anti-monopoly laws. The article compares the controlling procedures of enterprises amalgamation in American anti-monopoly laws with the counterpart of Germany and proposes some ideas for improving the controlling procedures of enterprises amalgamation in Chinese anti-monopoly laws with reference to the Anti-monopoly Law of China(the draft).

**Key words:** anti-monopoly law; amalgamation of enterprises; controlling procedures; declaration system

随着中国加入世贸组织和市场经济体制改革的不断深入,有“经济宪法”、“经济基本法”等之称的反垄断法的立法问题在中国显得日益迫切并引起世人普遍关注。中国于1993年颁布了反不正当竞争法之后,1994年5月就成立了反垄断法起草小组。小组成员来自国家经济贸易委员会法规司和国家工商

行政管理局法规司。在中国反垄断法草案几易其稿的过程中,起草小组不仅征求过国内反垄断法专家的意见,而且也得到了经济合作发展组织、世界银行、联合国贸易发展会议、亚太经合组织等国际组织以及德国、美国、日本、澳大利亚、韩国等一些发达市场经济国家的支持和帮助。根据2003年10月21

收稿日期:2004-06-21

作者简介:涂 卫(1979-),女,土家族,四川重庆人,中央民族大学法学院研究生,主要从事经济法研究。

©1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. <http://www.cnki.net>

日的草拟稿,中国反垄断法草案共有8章55条。这个草案在总体上是不错的,应当得到肯定。实体法方面借鉴了发达国家的经验,特别是借鉴了德国和欧共体法的经验。但是草案的诸多条文仍然受到了一部分学者的批评,有待商榷。本文仅就反垄断法三大支柱之一——企业合并的控制程序展开讨论,通过分析比较美国 and 德国这两个颇具典型性和代表性国家的反垄断法规制企业合并的控制程序,兼评我国《反垄断法》草案中的相关规定,以求获得一些有益的启示和借鉴。

## 一、控制程序对于规制企业合并的反垄断法意义

企业合并的概念有广义和狭义之分。狭义的企业合并一般是指两个以上的企业依法定程序组成为一个新企业的行为。广义的企业合并不仅包括狭义的企业合并,还包括通过收购股份获得对其他企业的控制以及通过协议、联营等方式形成控制与被控制的关系。从反垄断法的角度看,采用广义较为合理,因为无论那种方式合并的企业在竞争中就是一个整体,都有可能产生垄断状态。因而德国也是采用广义的企业合并的概念。<sup>①</sup>

企业合并活动始于19世纪末20世纪初资本主义从自由竞争阶段进入垄断阶段的时期。而今,自由化和全球化已主导国际经济,合并和并购频频发生。企业合并可以节约生产成本,提高个别企业乃至整个社会的经济效益。然而这种“财政地位上的优势”一旦被企业滥用,就可能给整体经济带来不利;合并运用不当,还会产生反竞争的效果,形成其他竞争者进入市场的障碍,从而限制竞争。这就是反垄断法对企业合并进行控制的经济哲学基础。本文所讨论的规制企业合并的控制程序是从程序意义的角度上来讲,指的是国家确定由哪些机关依照什么样的程序对企业合并行为进行监督和审查,不包括垄断性合并的认定标准,诸如相关市场的认定;垄断状态的认定以及豁免事由等。企业合并的控制程序主要包括企业合并的申报和审查两个阶段。

所谓企业合并的申报制度,有事先申报和事后申报两种,一般指的是事先申报。企业合并的事先申报制度通常指在法定条件下,当企业准备实施并购时,为了确保政府的主管部门能够有一个事先的对该企业并购是否将产生限制市场竞争效果的违法性问题作出判断的机会,而要求当事企业首先向其提供有关资料 and 情报的一项制度。要求一定规模的

企业合并进行登记,是为了便于当局掌握市场集中的情况,可以及时对一些即将取得或已经取得又将加强其市场支配地位的企业进行控制,防患于未然。另一方面,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。审查阶段指的是审查提供的资料 and 情报,按照反垄断法规定的标准以及其他应考虑的因素确定是否构成垄断性的合并并对之进行处理。可见这个阶段也是至关重要的。

一种法律如果不能按法定的程序执行,这种法律只不过是一纸空文。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。对企业合并的控制程序实际上是防止和制止垄断性企业合并的一种预警和危机处理系统。控制程序的制度设计是否科学合理,不仅直接关系到是否能够及时防止和制止垄断性企业合并可能带来的市场的高度集中,滥用优势地位等对竞争的妨害以及对整个社会经济效益的损害,还关系到合并企业自身的损益。

## 二、美国和德国反垄断法规制企业合并的控制程序的比较

19世纪末以来,西方发达国家普遍制定了旨在保护竞争、反对限制贸易自由和反对垄断的法律——反垄断法,其中最具典型性和代表性的是美国 and 德国的反垄断法。美、德既是世界上企业合并法律制度最为发达的国家,又是两大法系之代表。其反垄断法的理论一直处于世界的前沿,成为各国效仿的样板。因此,对两国的相关规定进行比较研究,对探讨建立我国反垄断法规制企业合并的控制程序有重要意义。

### (一)企业合并的申报制度

#### 1. 事前申报和事后申报

美国和德国借鉴日本经验,在反垄断法中都规定了企业合并的申报制度。美国的反垄断法要求,达到一定规模的企业合并,在合并实施前,当事方应向联邦贸易委员会和司法部的反垄断局同时申报,等候裁决。其采用的是事前申报。德国的《反对限制竞争法》在1998年第六次修订以前规定了事先申

<sup>①</sup> 德国《反对限制竞争法》第37条将企业合并定义为: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。具体地说包括取得财产、取得支配权、取得股份及任何其他方式。

报和事后申报相结合的制度,要求达到一定规模的企业合并实行事先申报,其他的企业合并原则上实行事后登记的制度,主管机关是联邦卡特尔局,直接向联邦经济部负责。合并前申报和合并后申报两种制度相比较,后者有着很大的缺陷。因为对于执法机构来说,禁止一个已经实施了的企业合并要比禁止一个正在准备实施的企业合并困难。且对于合并后的企业来说,禁止合并则意味着这个已经合并了的企业要被拆散。而拆散企业则意味着巨大的经济损失,这个损失比企业合并预先没有得到批准的损失要大得多。从发达国家的立法和执法经验来看,事前申报制度有利于反垄断机构监督企业合并,是比较合适的。正是基于这样的考虑,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企业合并申报程序改变为单一的事先申报程序。很明显,大企业合并的事先申报制度在这里虽然只是一个程序上的规则,但它的确是反垄断机构进行实质性干预的基础和前提条件。

## 2 企业合并申报条件

企业合并有需要反垄断控制和不需要反垄断控制的两种情形,反垄断要控制的是大企业的合并,这就需要确定企业合并的申报条件,主要是企业的规模。美国的反垄断法规定的申报条件是:合并企业拥有超过一亿美元的资产或者年销售额,而被合并企业至少有 1 千万美元资产或者净销售额;或者该交易将导致收购者拥有目标企业至少 1.5 千万美元的资产,或者占有表决权的股份或资产 15% 的份额。德国 1998 年第 6 次修订后的《反对限制竞争法》第 35 条第 1 款规定,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;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 5 000 万马克。35 条第 2 款第 1 项还规定,一个独立的企业,如果在上一营业年度的全球销售额不足 2 000 万马克,可以不受限制地与任何企业进行合并。与修订前相比,从总体上说,干预合并的门槛提高了。所以这些条款在德国也被称为“宽容条款”,有利于中小企业的合并,有利于他们实现规模经济。通过比较可看出,美国和德国要求企业合并的申报条件都是以企业规模为标准,无论是以资产还是年销售额为具体标准,也无论数额大小,都非常直观、容易考核,便于反垄断当局进行监督,也便于企业自觉进行申报。

## (二)企业合并的审查期限

对于企业合并的报告,反垄断主管机构应在一定的期限内作出决定并予以答复。美国《哈特—斯科特—罗迪诺反托拉斯修订法》(Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act)是关于审查期限的重要法律。1987 年在对该法进行修订后,保留了对于一般的企业合并至少为 30 天的规定,将原来现金购买企业审查期限由至少 15 天改为至少 20 天,如合并存在反垄断法上的疑问,可延长 20 天;对于重大的或复杂的并购,反垄断当局可以向法院请求将期限再延长 25 天或更长的时间,当局在此期间内决定批准或是不批准。这个法律被修订的原因显然是由于反垄断机构认为原来的审查期过短,以至于他们没有足够的时间对合并进行审查。德国《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,分为两个阶段。第一阶段的审查期限为一个月,从申报后起算。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卡特尔局通知的企业合并,原则上得到了批准。第二阶段的审查也称为主要审查程序(Hauptpruefverfahren),期限为 3 个月。联邦卡特尔局必须在这个期间内作出决定,合并是被禁止还是得到批准。如果四个月还没有做出决定,原则上视为得到了批准。德国分为两个阶段的审查程序,无论是从立法技术还是从实践操作来讲,都显得非常清晰有条理。

## 三、启示与借鉴:中国企业合并的控制程序之立法缺陷和完善建议

我国目前尚未颁布《反垄断法》,所以也没有建立起一套切实可行的规制企业合并的反垄断控制程序。关于企业合并的有关规定主要散见于《公司法》,1993 年国务院颁布的《股票发行与交易管理条例》,1993 年证监会发布的《公开发行股票公司信息披露实施细则》,1989 年国家体改委、计委等发布的《关于企业兼并的暂行办法》,1992 年国家国资局、财政部和工商总局发布的《国有资产产权登记管理试行办法》,1996 年财政部发布的《企业兼并有关财务问题的暂行规定》以及 2003 年商务部发布的《外国投资者并购境内企业暂行规定》。现行立法杂乱、零散,没有完整的控制企业合并的法律体系,且多以行政立法形式体现。从立法内容上看,对企业合并的规定往往集中在对合并行为本身的具体操作上,

不是真正意义上从反垄断法的角度去规制那些可能造成垄断、限制竞争的企业合并。比如在《关于企业兼并的暂行办法》中规定全民所有制企业被兼并由各级国有资产管理部門负责审核批准;集体所有制企业被兼并,由职工代表大会讨论通过,报政府主管部门备案。这样的规定只是出于防止国有资产流失和企业自身利益的角度考虑,并没有维护竞争的反垄断法意义,又不能实现对垄断性企业合并的有效控制。所以对于企业合并可能导致的垄断从程序上应该如何控制,中国的现行法律几乎无涉及。值得庆幸的是《反垄断法》的草拟稿已经出台。对企业合并控制程序的规定是其中的重要内容。但仔细研读,不免有些许疑惑,不解之余提出来与大家共同讨论。

### (一)关于申报制度

控制企业合并是预防市场垄断的重要手段,从而也是中国反垄断法的重要内容。《草拟稿》借鉴国际通行做法,设置了事前申报制。这个方面的重要规定是第26条,其规定:“参与企业集中的经营者市场份额超过国务院规定最低限额的,应当向国务院反垄断主管部门申请批准”,“参与企业集中的经营者的市场份额最低限额由国务院另行规定”。这里的“企业集中”按照该草案第25条的规定<sup>①</sup>,实质上就是本文最开始给企业合并下的定义。应当说,企业合并进行申报的标准是非常重要的,没有申报的标准,企业合并控制就完全没有可操作性。然而,草案没有对这个标准具体作出规定,而是将标准的制定工作交给反垄断法主管机关,从而给这个法的执行留下了一个巨大的难题。从前面德国和美国的标准虽然规定得不同(那是基于自己国家不同的经济状况考虑),但做到了标准统一明确。其实这是反垄断立法中的一个量化问题。它体现了“量与质的矛盾”,“法的稳定性和妥当性的矛盾”,“反垄断法的功能目标之间的冲突”。笔者认为,在反垄断法中给出这样的一个标准是有必要的,因为长久以来,中国的法律在执行过程中遇到的一个非常大的难题就是经常找不到一个可以依据的标准。鉴于进行企业合并申报标准的重要性,在《反垄断法》这样的具有较高立法层次的法律中作出规定,有利于维护反垄断法的稳定性、严格性和科学性,避免标准不明、不清、不稳。

值得一提的是,这次草拟稿与2002年2月26

日的征求意见稿相比,将要求申报的企业合并的规模标准由先前的“年销售额达到一定标准”改为了“企业集中的经营者市场份额超过国务院规定最低限额”。而德国和美国两国的反垄断法都是以销售额或者企业资产作为规模标准,操作起来比较容易测算,笔者认为在草案中做出这样的改变是否合理还有待商榷。理由如下:第一,因为对所占市场份额的计算难度远远超出了对销售额的计算,它涉及到产品市场和地域市场的界定。第二,按照大多数国家的立法经验,对经营者市场份额的计算通常是在达到一定规模标准的企业合并按照法定程序向主管机构进行申报后进入审查阶段由主管机关判断是否会造成垄断时需要的实质标准。将后一个阶段才进行的事项提到前一阶段未免有失妥当。再加上这里是要规定一个进行申报的门槛,标准最好是简便易行,否则不是所有的企业合并都要先进行繁琐的市场份额的计算才知道要不要申报吗?反垄断法关于控制企业合并的规定不应当成为小企业接受兼并的法律障碍。所以笔者认为还是采用先前的以销售额作为标准比较合适,因为:第一,在企业合并控制中以市场销售额作为测度企业规模的参数,它反映的是企业在一年内实现的价值,而不包括其库存产品的价值,从而比较准确的反映了企业在一年内经营的实绩。其最大的好处是能够客观地说明企业与市场的关系,特别是说明企业的产品在价格、质量、品种等方面是否适应市场的情况,进而也说明了企业对市场的占有情况和企业对外的经济实力。第二,以年销售额作为申报标准便于计算和监督。因为要求申报并不等于禁止,要求申报的规模标准只是起到一个信号的功能,它使合并的企业认识到,当合并达到这个规模时,他们须得提防合并可能遭致反垄断机构的禁止,并且要向主管机关申报。只有这个标准简便易算,每个合并企业都能进行计算,才能起到信号和提示功能。而对反垄断主管机关来说,也只有简便易算,这个标准才能取得预警的功效。否则花大量的时间去计算每个参与合并的企业的市场份额,其结果是增大了对企业合并进行监控的难度,降低了反垄断的效率。

### (二)关于企业合并的审查期限

《草拟稿》第28条规定,反垄断法主管机关应在收到申请后的90天内作出批准或者不批准的决定。

<sup>①</sup> 本法所称企业集中是指:1)一个或者多个企业并入一个现存的企业,或者二个以上的企业结合形成一个新的企业;2)一个企业通过收购其他企业的股份或者资产取得其控制权;3)两个或者两个以上的企业通过委托经营、联营等方式形成控制与被控制的关系。

这里的问题是,对于某些明显不具有损害竞争后果的企业合并来说,90天的审查期是太长了而且过于机械。因为在企业合并的过程中,企业的组织结构处于一种不稳定的状态。企业当然希望这种状态的时间越短越好。考虑到主管机关既要有足够的时间对可能造成损害竞争后果的企业合并进行审查,又要避免从程序上阻碍了中小企业的合并,尽量减少负面效应,尤其是中国的企业尚未形成规模效应的情况下,根据德国法或者欧共体法的经验,这个审查期最好分为两个阶段。第一阶段为一个月,这就可以使那些明显不具有限制竞争影响的合并在一个很短的时间内从反垄断法的主管机关得到一个批准的答复,或者在没有得到答复的情况下,视为合并已经得到批准。这就是说,只是那些规模较大从而存在着违反反垄断法之嫌的合并,才需要在法律上进行为期2个月的第2阶段的审查。这样一来,在对企业合并进行监督的同时又最大限度地避免了对企业合并的不利影响。

考虑到中国的具体情况,笔者认为应将企业合并的反垄断审查期限规定为以下几个层次:

(1)反垄断主管机构在对企业合并进行反垄断的初步审查后认为合并明显不存在垄断倾向或其他问题的,应在一个月内做出决定并告知相关企业。

(2)如果在初步审查后发现存在疑点或其他问题的,也应在一个月内告知相关企业,并根据不同情况可以将审查期延长,主要是要考虑已经掌握的数据或信息是否充分,技术性和复杂程度如何,是否涉及到大型国有企业或是否对中国经济或某经济部门产生重大影响。由于合并所涉当事方众多,情况复杂,信息获得存在障碍等原因,在立法中规定不同的审查期限是较为科学和具有较强操作性的。

## 四、结 语

反垄断法对企业合并实施控制程序并不意味着会限制规模经济,也不意味着不鼓励企业合并,尤其

是在中国目前企业规模普遍较小,企业横向联合和企业集团刚刚发展的情况下。所以,如何建立起一套科学合理又切实可行的企业合并反垄断控制程序,使得既能限制和禁止那些妨碍竞争的垄断性合并,又不会对中小企业的发展联合实现规模经济造成阻碍,是我们面临的难题。深入研究和探讨发达国家不同经济发展阶段在这方面的立法和司法经验,有助于立足自身,寻找一套适合中国的科学的做法。正如美国和德国的反垄断法随着经济形势的变化历经多次修改一样,中国的反垄断法才刚刚起步,它的成熟和完善是一个渐进的过程。

## 参考文献:

- [1] 季晓南. 中国反垄断法研究[M]. 北京: 人民法院出版社, 2001.
- [2] 王松青. 竞争与垄断[M]. 上海: 上海社会科学院出版社, 1999.
- [3] 张亚芸. 公司并购法律制度[M]. 北京: 中国经济出版社, 2000.
- [4] 编选组. 各国反垄断法汇编[C]. 北京: 人民法院出版社, 2000.
- [5] M·C·霍华德. 孙南申译. 美国反垄断法与贸易规则[M]. 北京: 中国经济出版社, 2000.
- [6] 王为农. 合并集中规制基本法理——美国、日本及欧盟的反垄断比较研究[M]. 北京: 法律出版社, 2001.
- [7] 孔祥俊. 反垄断法原理[M]. 北京: 中国法制出版社, 2001.
- [8] 王晓晔. 竞争法研究[M]. 北京: 中国法制出版社, 1999.
- [9] 王晓晔. 企业合并中的反垄断问题[M]. 北京: 法律出版社, 1996.
- [10] 松尼曼. 南京中德经济法研究所译. 美国和德国和经济与经济法[M]. 北京: 法律出版社, 1991.
- [11] 蒋泽中. 企业兼并与反垄断问题[M]. 北京: 经济科学出版社, 2001.
- [12] 王晓晔. 反垄断法与市场经济[M]. 北京: 法律出版社, 1998.

[责任编辑 陈志和]