

# 市场界定在反垄断并购审查中的地位与作用

湖南大学特聘教授 王晓晔



在反垄断法中,为了判断企业并购是否损害市场竞争,或者一个协议是否违法或者是否存在滥用市场支配地位的行为,执法机关一般都需界定相关市场。然而,美国司法部联邦贸易委员会2010年修订的《横向并购指南》(以下简称2010年《指南》)指出,“执法部门的分析不需要从市场界定开始。尽管评估客户可获得的竞争性替代品在分析中的某个时刻总是必要的,但执法部门使用一些评估竞争效果的分析工具并不依赖于市场界定。”这个说法似乎很大程度削弱了相关市场界定在反垄断法中的地位和作用。本文从经营者集中的角度,讨论相关市场界定在反垄断审查中的重要性。本文的观点是,即便执法机关可以灵活地运用多种方法分析企业并购的竞争影响,但是相关市场界定是一个基础性且不可取代的重要工具。

## 一、企业并购与市场竞争

在市场上,企业并购或者经营者集中的事件经常发生。这不仅是因为企业通过这种方式可以除掉竞争对手,更重要的是可以提高自身的市场竞争力,即企业并购的主要原因是大小企业不同程度的内部增长可以使大企业在成本方面,小规模企业占有的优势。从经济政策的角度看,较小企业和经济范围对社会都是有利的,因为这不节约了个别企业的成本,提高了它们的经济效益,而且也节约了社会成本,提高了社会的经济效益。

然而另一方面,由于企业并购可以推动经济集中,甚至导致个别企业垄断市场的局面,或者形成寡头垄断的市场结构,规模优势除了可为整体经济带来成本优势外,可能还存在着与整体经济不协调的优势。因此,世界各国反垄断法一般都有控制经营者集中或者控制企业并购的规定。

依照参与并购企业在经济上的相互关系,企业并购可分为纵向并购和非纵向并购。纵向并购是指生产相同或者相似产品的经营者并购成为同一个竞争实体。纵向并购的最大好处是有利于实现规模经济,降低单位产品的成本。但另一方面,纵向并购对竞争的影响比较大,因为这种并购可以直接减少甚至消灭市场上的竞争者。当市场上竞争者数目过少,以至市场集中度过高的时候,市场有效竞争会受到威胁。因此,各国反垄断法一般对企业纵向并购实施比较严格的控制。美国司法部和联邦贸易委员会2010年《指南》指出,“本指南统一的思想是,并购不得产生、加强或者维护市场势力,或者推动行使市场势力。”“如果一项并购可能导致一个或者多个企业提高价格、降低产量、减少创新,或者因为并购导致了竞争约束或使消费者受到损害,这个并购就会加强市场势力。”这个指南尤其关注企业并购可能导致企业利益最大化的行为:如果并购因消除并购当事人之间的竞争而产生或加强市场势力,这种并购的反竞争效应被称为“单边效应”,如果并购因可能提高竞争者之间的协调、共谋以及相互依赖而产生或加强市场势力,这种并购的反竞争效应可被称为“协同效应”。

非纵向并购包括横向并购和混合并购。反垄断法比较关注纵向并购,即处于同一产品不同生产阶段的企业间的并购,典型的表现是工商联手。纵向并购的好处也很明显,一方面可使供应方获得稳定的销售渠道,另一方面可使购买方获得稳定的原材料,成为产品成本的来源,这些均有利于节约交易成本,提高企业的生产效率。然而,如果一个纵向并购覆盖的市场范围过大,从维护竞争性的市场结构看,这可能对市场竞争产生以下方面的不利影响:第一,未参与并购的企业因为不能进入因纵向并购而被关闭了的市场,从而会减少参与交易的机会;第二,潜在的并购参与者不仅得考虑其竞争者的经济实力,还得考虑与其竞争者联手的处上下游企业的经济实力,这就会增加市场进入障碍;第三,因为并购企业之间的原材料采购或者产品销售的价格与未参与并购企业间的交易价格绝不相同,事实上会产生歧视性的价格条件。但是,即便纵向并购对市场有一定影响,由于这种并购不像横向并购那样会立即消灭竞争者,各国反垄断法对纵向并购的控制一般不像横向并购那么严格。

以上关于企业并购的竞争分析说明,鉴于企业并购可能产生市场势力或者提高企业行使市场势力的可能性,反垄断法作为反对垄断和保护竞争的法律制度,就有必要将控制企业并购作为它的核心内容之一,目的是识别、预防以及救济那些具有反竞争后果的并购。企业并购审查需要“识别”具有反竞争后果的并购,是因为大多数企业并购并不损害竞争。即企业并购审查赋予执法机关的权限和能力是,将那些不具反竞争后果的并购与问题较大从而需要认真分析和审查的并购区别开来。根据国际竞争网络的推荐意见,反垄断的并购控制应限于限制竞争的后果微不足道或者产生的限制竞争影响转瞬即逝的并购,而只应当干预那些可能产生严重限制竞争的并购,而且这里的干预,禁止或者救济严重限制竞争的并购不是要进一步提高并购前的市场竞争水平,而仅是维护可能受到并购反竞争影响的市场竞争。为了使执法资源能够高效率地用于可能严重损害市场竞争的企业并购,反垄断法机关应当就企业并购控制提出一个有效率的分析框架。根据国际竞争网络的推荐意见,反垄断的并购控

制应适用于可能会产生竞争损害的所有并购交易,即便特殊部门或者特殊行业有着例外或者豁免的规定,它们的适用范围应当很小,而且应当有着明确的限制。在特别分析的基础上,并购控制的实体法应当建立在合理经济分析的基础上。为了分析并购是否可能严重损害竞争,执法机关不仅应当有一个法律程序,而且应当有一个适当和透明的证据标准。执法机关应根据具体案件的具体情况合理和灵活的竞争分析,并购分析的核心内容应当是比较相关市场在竞争前的地位,评估并购后产生的反竞争问题。国际竞争网络的推荐意见还指出,执法机关应将并购审查考虑的各种因素系统化和条理化,目的是帮助涉案当事人更好地理解执法机关的审查结论,提高执法透明度,提高法律稳定性以及当事人对其并购交易法律后果的可预期性。

## 二、并购竞争分析中的相关市场界定

前面指出,执法机关就并购交易进行竞争分析的核心问题是比较相关市场竞争条件在并购前后的变化,即评估并购是否产生或者加强市场势力,或者其他形式的竞争上是否可能出现价格上涨或者其他相关的市场行为。现在尽管有人提出可通过直接证据分析并购是否出现反竞争问题,但是根据世界各国反垄断司法辖区的执法实践,界定相关市场仍然是并购竞争分析的起点和关键步骤。

### (一)美国反托拉斯法

尽管美国2010年《指南》指出“执法机关不必必要从界定相关市场开始”,即提高了对直接证据以及其他分析工具的关注度,但该指南仍然强调了界定市场在并购审查中的重要作用,表现在以下两个方面:第一,2010年《指南》指出,执法机关考察横向并购的潜在竞争关注时,相关市场界定起着两个作用,一是有助于识别产生竞争关注的商业领域和地域范围,因此执法机关在并购审查中一般都会界定一个或几个可能实质性减少竞争的相关市场,二是有助于执法机关识别市场参与者,并由此测度它们的市场份额和市场集中度。即通过界定市场来测度企业的市场份额和市场集中度,尽管这不是企业并购审查的最终目的,但此类分析有助于理解和认识并购的竞争影响。第二,2010年《指南》指出,“正如市场界定能够给判断竞争效果提供信息一样,有关竞争效果的证据也能给市场界定提供信息。例如,如果能够证明提供同类产品的主要竞争者的数量减少,由此导致产品价格明显上升,这个证据本身就可以证明该产品构成一个相关市场。这样的证据可以直接预测并购并购的竞争效果,由此可以减轻凭借市场界定及市场份额进行推断的作用。”2010年《指南》还以举例方式指出,“如果市场界定的分析推导出不同的相关市场,且这些市场界定均具有合理的可信度,由此不同的市场份额可能推导出不同的竞争影响时,这就更有必要考虑这些比较直接的、可说明竞争影响的证据。”这说明,即便2010年《指南》指出“执法部门使用的一些评估竞争效果的工具并不依赖于市场界定”,但这不能说明界定相关市场不重要,更不能说明2010年《指南》要取消相关市场界定这一竞争分析的重要工具,而是出于市场界定本身存在的不确定性,提出和联邦贸易委员会在并购的竞争分析中应注意界定相关市场,也应注意使用直接证据以及其他的竞争分析工具,目的是更高效地识别可能严重损害市场竞争的企业并购。

美国的反垄断法是司法模式,即企业并购审查中是否需要界定相关市场,很多情况下是由司法机关而不是由反垄断行政执法机关说了算,因此,这有必要的讨论。2010年《指南》发布之后,美国法院受理的反垄断并购案件。

### 1.马连尼诉美国联合航空公司案

美国联合航空公司与大陆航空公司于2010年3月宣布,它们将于2010年10月完成并购。马连尼(Maloney)代表49名消费者向加州北区联邦地区法院提起反垄断诉讼,请求法院禁止这两大航空公司之间实施并购。为履行举证责任,原告在诉状中提出该案涉及三个相关市场。然而法院认为,原告没有就其提出的相关市场界定提供任何证据,遂驳回原告诉讼请求。尽管法院作出该判决的时候,美国司法部和联邦贸易委员会2010年《指南》已经发布,而且法院注意到《指南》提出了“执法机关不必必要从界定相关市场开始”的观点,但法院的判决仍明确指出,“原告如果要证明被告违反《克莱顿法》第7条,并由此证明其禁令请求是合理的,他必须首先得证明相关市场的存在,然后证明并购在相关市场可能不合理地产生反竞争影响。”

### 2.联邦贸易委员会诉美国大实验公司案

这个案件涉及美国第二大实验公司和第三大实验公司之间的并购,联邦贸易委员会作为原告界定了该案的相关市场。审理该案的加州中区联邦地区法院注意到了2010年《指南》中关于并购案件不一定界定相关市场的观点。但法院在判决中明确指出,“正确界定相关市场不仅是并购分析的第一步,而且因为市场界定的范围必然与并购交易的反竞争后果相联系,它也是案件最终裁决的关键因素。”由于联邦贸易委员会在案中没有合理地界定相关

市场,法院驳回了原告对这个并购发布禁令的请求。

### 3.司法部诉布洛克税务咨询公司案

本案被告布洛克税务咨询公司是美国最大的报税服务商,它提供DDIY数字自助报税软件(digitaldo-it-yourself)服务。2010年10月13日,布洛克税务咨询公司与2SS控股公司签订了资产购买协议,2SS旗下的TaxACT则是美国第三大DDIY软件供应商。2011年5月23日,美国司法部请求哥伦比亚地区联邦法院对这个并购交易发布禁令,理由是交易会严重损害美国正在发展中的DDIY市场竞争。司法部指出,DDIY市场主要有三家企业:TurboTax占60%的份额,布洛克税务咨询公司占30%的份额,其他两个线上经营者合计占30%的份额,其他8个竞争者共计占10%的份额。尽管法院注意到了2010年《指南》提出的“市场界定是不必要的”观点,但它直言不讳地指出,“并购分析必须从界定相关市场开始。”“作为一个法律问题,市场界定是必要的。在本案中,司法部作为原告不仅没有质疑相关市场的界定,而且还请求法院遵循布朗鞋案等判例界定该案的相关市场。法院依据三家被告公司的内部文件及其他证据,考虑到TurboTax将布洛克税务咨询公司和TurboTax视为它在DDIY领域的主要竞争对手,考虑到TurboTax对TaxACT和布洛克税务咨询公司的产品的营销、供应以及定价进行跟踪并由此确定自身的产品价格与销售策略,还考虑到布洛克税务咨询公司的内部文件显示它与TaxACT、TurboTax是营销DDIY的三大竞争对手,法院便认定DDIY与服务于纳税人报税的其他产品和技术、价格、便利性、时间投入、脑力劳动等方面有很大的不同,由此驳回了布洛克税务咨询公司提出该案的报税产品市场的观点,并且拒绝接受它提出多功能报税产品与DDIY具有合理替代性和需求交叉弹性的证据。这说明法院依据布朗鞋案的经验,在案中没有进行定量分析,而是依据司法部提供的证言与证据做出了DDIY构成该案相关产品市场的结论。

上述这些案例说明,即便美国司法部和联邦贸易委员会2010年《指南》提出反垄断法分析不必必要从界定相关市场开始,但是法院仍然强调相关市场界定是审理反垄断并购案件的起点和关键步骤。曾在联邦贸易委员会工作过的莫非(Kevin Murphy)教授指出,即便2010年《指南》提出不必必要界定相关市场,但事实上美国的反垄断行政执法机关必须得界定相关市场,因为它们如果不通过市场界定说明案件可能产生的反竞争影响,法院不会接受它们提出的反竞争事实,因此“相关市场界定是反托拉斯法不能废除的核心原则”。

### (二)欧盟竞争法

欧盟委员会一贯强调界定相关市场的重要性。1997年欧盟委员会发布的《关于欧盟竞争法界定相关市场的通告》指出,“市场界定是确认和界定企业间竞争边界的一个工具,它为委员会提供一个实施竞争政策的框架。市场界定的主要目的是通过系统的方法确定相关企业所面临的竞争约束。界定相关产品和相关地域市场的目的是确定相关企业实际上的竞争对手,这些竞争可以对约束企业的行为,制约其实施限制竞争的行为。从这个角度出发,市场界定可使市场份额的计算具有可行性,为评估支配地位或者为适用欧盟运行条约第101条提供有关市场势力的有用信息。”欧盟委员会2004年发布的《横向并购评估指南》(以下简称2004年《指南》)还进一步论述了市场界定对并购案件竞争分析的重要性。2004年《指南》指出,“欧盟委员会评估企业并购通常采取的步骤是:①界定相关产品市场和地域市场;②进行并购的竞争分析。”“市场份额和市场集中度是说明市场结构的一个有效和最重要的标识,可以说明并购当事人及其竞争对手的竞争地位。”

需指出的是,界定相关市场虽然在欧盟的企业并购分析中是一个必要的步骤,但不是说每个并购案件都必须精确地界定市场。一般情况下,欧盟委员会需要通过假定垄断者测试分析可替代品。如果由此得出的结论是并购不会产生或加强市场势力,该案件就不需要深度和广度上对市场界定进行分析。例如1997年的康柏(Compaq)并购天腾(Tandem)案,康柏提供个人电脑服务,天腾提供银行间网络服务。委员会认为,这两种服务即便属同

一市场,但是因为提供这些服务的企业很多,这两个企业并购后的市场份额也不大;另一方面,康柏服务器与天腾服务器实际上不存在竞争,因此这不是一个横向并购。鉴于无论从横向和纵向的角度看,这个并购都没有明显的反竞争后果,委员会认定这个并购与共同体大市场相协调。委员会在Exxon/Mobil(1999)、TetraLaval/Sidel(2001)等很多并购案件中的审理都与Compaq/Tandem案一样,即虽然考虑到相关市场的界定,但因为没有案件明显没有严重的限制竞争的说明,因此这些案件并未进行深度讨论,也没有对相关市场做出明确的界定。

相反,如果界定市场对认定一项并购是否产生或加强市场支配地位的分析至关重要,委员会就会认真考虑禁止一项并购时,它就会对相关市场作出比较精确的界定。根据《关于欧盟竞争法界定相关市场的通告》,委员会界定相关市场需要考虑需求替代、供给替代和潜在的竞争,其中分析的重点是需求替代。委员会主要使用假定垄断者测试法(SSNIP),即假定相关产品在被考察的地域范围出现一个幅度不大但持久性的涨价,消费者由此可能会转向购买其他产品或者转向其他地域购买替代品,这些相关产品和相关地域就构成一个相关市场。在必要情况下,委员会也使用其他技术方法来界定相关市场,例如在Arsenal/DSP和OMV/MOL两个并购案,委员会使用了价格相关性分析;在INEOS/Kerling并购案使用了临界损失分析;在Lufthansa/SN Airholding并购案[26]使用了自然实验法等等。此外,与美国2010年《指南》一样,欧盟委员会2004年《指南》也提出了并购分析可以考虑直接证据,例如在并购当事人的产品存在高度可替代性的情况下,这些产品并购前的高利润率就可以推定并购导致产品涨价的可能。在这种情况下,欧盟委员会可能使用“分流比”(diversionratio)来评估产品的可替代性。

在经合组织(OECD)2012年关于相关市场界定的圆桌会议上,欧盟委员会提交的书面报告援引了欧盟委员会前竞争事务委员蒙蒂(Monti)先生的如下表述,“市场界定是竞争政策的基石,但它不是竞争政策的整个大厦;市场界定是竞争评估的工具,但它不能取代竞争评估。”欧盟委员会的报告还指出,“市场界定和计算市场份额的重要性取决于具体案情。它们是关于市场结构和市场竞争态势的一个必要和最重要的说明。欧盟的实践表明,欧盟对类似UPP或者并购模拟等新的经济学方法持肯定态度,但经济工具是传统分析方法的补充,但不能取代相关市场的界定。”

### (三)中国反垄断法

国务院反垄断委员会2009年发布的《关于界定相关市场的指南》指出,“任何竞争行为均发生在一定市场范围。”“科学合理界定相关市场,对识别竞争者和潜在竞争者、判定经营者市场份额和市场集中度、认定经营者的市场地位、分析经营者的行为对市场竞争的影响、判断经营者行为是否违法以及在违法情况下需承担的法律后果等关键问题,具有重要的作用。因此,相关市场的界定通常是对竞争行为进行分析的起点,是反垄断法工作的重要步骤。”这说明,相关市场界定对我国的反垄断法也有着特别重要的意义。

相关市场界定在企业并购审查中的重要性尤其表现在并购控制的实体法。我国《反垄断法》第27条规定,审查经营者集中应考虑下列因素:①参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力;②相关市场的市场集中度;③经营者集中对市场进入、技术进步的影响;④经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响;⑤经营者集中对国民经济发展的影响;⑥国务院反垄断执法机构认为应当考虑的影响市场竞争的其他因素。毫无疑问,考虑前四个因素时都需要界定相关市场。例如,考虑参与集中的经营者在相关市场的份额和市场的集中度时,如果没有市场界定,市场份额和市场集中度是不可能计算的;考虑集中对市场进入以及对消费者和其他经营者的影响时,如果没有市场界定,这些影响的范围可能无边无际。这说明,没有相关市场界定,我国《反垄断法》第27条就没有可操作性。

为了增强《反垄断法》第27条的可操作性,商务部于2011年还发布了《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》。《暂行规定》第4条指出,“评估经营者集中对竞争产生不利影响的可能性时,首先考察集中是否产生或加

强了某一经营者单独排除、限制竞争的能力、动机及其可能性。当集中所涉及的相关市场中有少数几家经营者时,还应考察集中是否产生或加强了相关经营者共同排除、限制竞争的能力、动机及其可能性。当参与集中的经营者不属于同一相关市场的实际或潜在竞争者时,重点考察集中在上下游市场或关联市场是否具有或可能具有排除、限制竞争效果。”第5条强调了市场份额对并购分析的重要意义,“市场份额直接反映了相关市场结构、经营者及其竞争者在相关市场中的地位。在判断参与集中的经营者是否取得或增强其市场控制力时,综合考虑下列因素:①参与集中的经营者在相关市场的市场份额,以及相关市场的竞争状况;②参与集中的经营者产品或服务的替代程度;③集中所涉相关市场内未参与集中的经营者的生产能力,以及其产品或服务与参与集中经营者产品或服务的替代程度;④参与集中的经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力;⑤参与集中的经营者商品购买方转换供应商的能力;⑥参与集中的经营者的财力和技术条件;⑦参与集中的经营者的下游客户的购买能力;⑧应当考虑的其他因素。”第6条阐述了市场集中度和行业集中度对并购分析的重要意义,“市场集中度是评估经营者集中竞争影响时,应考虑的重要因素。通常情况下,相关市场的市场集中度越高,集中后市场集中度的增量越大,集中产生排除、限制竞争效果的可能性越大。”第7条论述了市场进入对集中的竞争影响,即“经营者集中可能提高相关市场的进入壁垒,集中后经营者可行使其通过集中而取得或增强的市场控制力,通过控制生产要素、销售渠道、技术优势、关键设施等方式,使其他经营者进入相关市场更加困难。评估经营者集中竞争影响时,可考察潜在竞争者进入的抵消效果。如果集中所涉及的相关市场进入非常容易,未参与集中的经营者能够对集中交易易制的作用、限制竞争行为作出反应,需全面考虑进入的可能性、及时性和充分性。”毫无疑问,上述几个方面的分析都得以界定相关市场为起点。这说明,界定相关市场即便不是商务部并购审查的全部工作,但也绝对是其第一步和最重要的工作。

我国《反垄断法》生效10年来,执法机关审结的并购案件超过了2200件,其中禁止2件,附条件批准的37件。这些被禁止和附条件批准的集中决定都在执法机关的网站进行了公告,它们反映了我国反垄断法在经营者集中控制领域的新发展,也反映了执法机关审理并购案件的步骤和分析思路。以附条件批准的集中决定为例,公布了的决定中一般都有6项内容:①立案和审查步骤;②案件基本情况;③相关市场;④竞争分析;⑤附加限制性条件的商谈;⑥审查决定。这些内容中的核心部分显然是第③项和第④项,即相关市场界定和竞争分析。然而,因为只有界定了相关市场,执法机关才能进入案件的竞争分析,由此可说明相关市场界定是执法机关在审理经营者集中案件中的决定性步骤。例如在2016年附条件批准的百威英博收购南非米勒一案中,执法机关界定了相关市场之后,认定这个并购可能产生以下限制竞争的影响:①进一步提高百威英博在相关市场的控制力;②降低中国啤酒市场两个领先企业之间的竞争强度;③提高相关市场进入壁垒;④损害下游经销商的利益;⑤进入案件审理的下一步,即附加限制性条件的商谈,然后根据当事人提交的救济方案能否解决执法机关对该案的竞争关注,案件审理就进入最后一步,即做出审查决定。反垄断法机关2014年禁止马士基、地中海航运和达飞等3家欧洲集装箱班轮运输公司建立紧密性联盟(简称P3网络案)也是这样的分析思路。与百威英博收购南非米勒案的不同之处是,公告中关于附加限制性条件的第5项指出,交易方提交的最终救济方案因缺少相应的法律依据和可信的证据支持,不能解决执法机关的竞争关注。这种情况下,执法机关在案件的审查决定中指出,“禁止此项经营者集中”。我国的经营者集中审查中有着极为重要的地位,即通过市场界定可以测度并购当事人的市场份额和市场集中度,由此就提供了并购竞争分析的总体框架。上述这些案件还说明,我国反垄断法在经营者集中领域已经积累了比较丰富的经验。在P3网络案中,执法机关分析了多个相关产品市场和地域市场,并根据该案对相关市场的竞争影响,将亚洲—欧洲航线集装箱班轮运输服务市场认定为该案的相关市场。由于我国反垄断法机关在案确定的地域市场是亚—欧航线,这个市场与其他反垄断司法辖区界定市场有着差别,商务部对这个并购(紧密性联盟)作出了与美国和欧盟执法机关大相径庭的决定。[34]欧洲竞争法专家Säcker教授对这个决定作出了积极的评价,他认为这个禁令是正确的,因为这和美国、欧盟等竞争执法机构的做法一样,即当本国市场竞争受到境外限制竞争的不利影响时,执法机关有权对这些限制竞争采取措施。Säcker教授之所以评价我国反垄断法机关的决定是正确的,其前提条件是执法机关界定的相关市场是正确的,因为只有正确地界定市场,执法机关才能进行合理的竞争分析和作出正确的决定。(待续)