

市场界定在反垄断并购审查中的地位和作用

王晓晔*

摘要 为了判断一个企业并购是否损害市场竞争,反垄断执法机关一般都需要界定相关市场。因为市场界定可以说明市场竞争的范围,说明企业的市场份额和市场集中度,说明市场进入障碍和潜在的竞争,并由此提供一个智慧和系统的分析工具,帮助执法机构收集和评估竞争影响的各种证据。界定相关市场不仅是并购竞争分析的第一步,而且是关键性的步骤。市场界定作为并购竞争分析的基本方法,它不否认各种经济学方法的作用和功能,特别是UPP测试和并购模拟在这方面都有重要的应用价值。但是,不管这些经济学方法多么重要,它们的应用都只是并购竞争分析中的证据,而不能替代并购竞争分析中的相关市场界定。

关键词 反垄断法 企业并购控制 相关市场界定 UPP测试法 并购模拟

在反垄断执法中,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,执法机关一般都需要界定相关市场。然而,美国司法部和联邦贸易委员会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市场界定。”^[1]这个说法似乎很大程度降低了相关市场界定在反垄断执法中的地位 and 作用。

* 湖南大学特聘教授。本文系作者主持国家社会科学基金重大项目《垄断认定过程中的相关市场边界划分原则与技术研究》(项目编号:12&ZD200)的部分研究成果。本文写作得到了湖南大学郑鹏程教授和香港岭南大学林平教授的帮助,特此鸣谢。

[1] Horizontal Merger Guidelines by Department of Justice and Federal Trade Commission on August 19, 2010, Section 4.

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。^{〔2〕}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较小企业占更大的优势。从经济政策的角度看,规模经济和范围经济对社会都是有利的,因为这不仅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,企业并购可分为横向并购和非横向并购。横向并购是指生产相同或者相似产品的经营者并购成为一个竞争实体。横向并购的最大好处是有助于实现规模经济,降低单位产品的成本。但另一方面,横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横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,或者因为减少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者加强市场势力,这种并购的反竞争效应可被称为“协同效应”。^{〔3〕}

非横向并购包括纵向并购和混合并购。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、半成品或者产品的来源,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

〔2〕 本文所称的“企业并购控制”和“经营者集中控制”在反垄断法中是一致的,英文一般称 Merger Control 或者 Merger Regulation.

〔3〕 See Horizontal Merger Guidelines, supra note 1, Section 1.

场,从而会减少参与交易的机会;〔4〕第二,潜在的市场进入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,这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竞争有一定影响,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(ICN)的推荐意见,执法机关不应当干预限制竞争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。〔5〕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,反垄断执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。特别重要的是,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,进行合理和灵活的竞争分析,竞争分析的核心内容应当是比较相关市场在并购前后的竞争状况,评估并购前后的市场竞争条件,目的是防止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。〔6〕

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,或者相关市场上是否可能出现价格上

〔4〕 如美国联邦最高法院 1962 年的布朗鞋一案判决指出,该并购不仅导致参与并购的企业因改善原材料和半成品的采购或者改善产品的销售渠道,使它们与其竞争者相比获得不公平的竞争优势,而且由此还会推动其他企业间新的纵向并购。因此,法院对这个并购发布了禁令。See *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U.S. 294, 326 (1962).

〔5〕 ICN Merger Working Group, “Icn Recommended Practices For Merger Analysis”, p.2, available at <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc316.pdf>, last visited Sept 9th, 2018.

〔6〕 *Ibid.*, p.3.

涨或者其他形式的反竞争问题。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)美国反托拉斯执法

尽管美国2010年《指南》指出“执法机关的分析不必要从界定相关市场开始”,^[7]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。^[8]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这些产品构成一个相关市场。这样的证据可以直接预测一项并购的竞争效果,由此可以减轻凭借市场界定及市场份额进行推断的作用。”^[9]2010年《指南》还以举例地方式指出,“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,这就更有必要考虑那些比较直接的、可说明竞争影响的证据。”^[10]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问题,提出要整合竞争分析的多种方法。即美国司法部和联邦贸易委员会在并购的竞争分析中既注意界定相关市场,也注意使用直接证据以及其他的竞争分析工具,目的是更高效率地识别可能严重损害市场竞争的企业并购。

美国的反垄断执法是司法模式,^[11]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,这里有必要讨论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(Malaney)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的三个相关市场。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。尽管法院作出该案判决的时候,美国司法部和联邦贸易委员会2010年《指南》已经发布,

[7] See Horizontal Merger Guidelines, supra note 1, section 4.

[8] See Horizontal Merger Guidelines, supra note 1, section 4.

[9] See Horizontal Merger Guidelines, supra note 1, section 4.

[10] See Horizontal Merger Guidelines, supra note 1, section 4.

[11] 参见王晓晔:《王晓晔论反垄断法》,社会科学文献出版社2010年版,第400—421页。

而且法院注意到《指南》提出了“执法机关不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。”^[12]

2. 联邦贸易委员会诉美国实验公司案

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该案中并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。^[13]

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(digital do-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与TaxACT作为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。尽管审案法院注意到了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。”^[14]在该案中,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TaxACT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在技术、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相关产品市场应界定为服务于美国纳税人报税的全部产品的观点,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,在该案中并没有进行定量分析,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。^[15]

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》提出反垄断执法分

[12] Malaney v. UAL Corp., No. 3:10-CV-02858-RS, 2010 WL 3790296 (N.D. Cal. Sept. 27, 2010).

[13] FTC v. Laboratory Corp. of America, No. SACV 10-1873 AG (MLGX), 2011 WL 3100372 (C. D. Cal. Mar. 11, 2011).

[14] United States v. H&R Block, Inc., et al., 833 F. Supp. 2d 36, 50 (2011).

[15] Ibid.

析不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”。^[16]

(二) 欧盟竞争执法

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。界定相关产品市场和地域市场的目的是确定相关企业实际上的竞争对手,这些竞争对手可以约束相关企业的行为,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。”^[17]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意义。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。”^[18]

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。如果由此得的结论是并购不会产生或加强市场势力,该案件就不需要从深度和广度上对市场界定进行进一步的分析。例如1997年的康柏(Compaq)并购天腾(Tandem)案,^[19]康柏提供个人电脑服务,天腾提供银行间网络高能服务。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。^[20]委员会在Nestlé/ San Pelligrino(1998)、Georg Fischer/ Disa(1998)、BP/ Huls(1998)、DowJones/ NBC - CNBC Europe(1998)、BASF/ Shell(1997)、Exxon/Mobil(1999)、Tetra Laval/Sidel(2001)等很多并购案件中的审理都与Compaq/Tandem案一样,即

[16] See Ashley Fry, Matthew R. McGuire and Catherine Schmierer, “Horizontal Market Power: The Evolving Law and Economics of Mergers and Cartels”, *George Mason Law Review*, Vol. 18, No. 4, 2011, p. 825.

[17] Commission Notice on the Definition of the Relevant Market for the Purposes of Community Competition Law, OJ C 372, 9.12.1997, para 2.

[18] Commission Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations Between Undertakings, OJ 2004/C 31/03, paras. 5, 10, 14.

[19] Commission Decision, Case No IV/M.963 - COMPAQ / TANDEM(1997).

[20] 转引自(西)葛拉雷兹等:《欧盟企业并购控制制度—法律、经济与实践》,叶军、解琳译,法律出版社2009年版,第81页。

虽然考虑到相关市场的界定,但因这些案件明显没有严重的限制竞争问题,从而没有对相关市场界定进行深度讨论,也没有对相关市场做出明确的界定。^{〔21〕}

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界定市场的各种因素。特别是当委员会准备禁止一项并购时,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。^{〔22〕}例如在 Arsenal/DSP^{〔23〕}和 OMV/MOL^{〔24〕}两个并购案,委员会使用了价格相关性分析;在 INEOS/Kerling 并购案^{〔25〕}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”(diversion ratio)来评估产品的可替代性。^{〔27〕}

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。”^{〔28〕}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开放的态度,但前提条件是它们可以改善竞争评估。这些经济学工具是传统分析方法的补充,但不能取代相关市场的界定。”^{〔29〕}

(三)中国反垄断执法

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法律责任等关键问题,具有重要的作用。因

〔21〕 同上注。

〔22〕 See OECD Policy Roundtables, *Market Definition* 2012, contribution by the European Union, available at www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf, p.336, last visited Sept 16th, 2018.

〔23〕 Commission Decision, Case No COMP/M.5153—Arsenal/DSP (2009).

〔24〕 Commission Decision, Case No COMP/M.4799—OMV/MOL (2008).

〔25〕 Commission Decision, Case No COMP/M.4734—INEOS/Kerling (2008).

〔26〕 Commission Decision, Case No COMP/M.5335—Lufthansa/SN Airholding (2009).

〔27〕 Commission Guidelines, *supra* note 18, paras. 28, 29.

〔28〕 OECD Policy Roundtables, *supra* note 22, p. 340, citing speech by Mario Monti, “Market definition as a cornerstone of EU Competition Policy”, *Workshop on Market Definition*, Helsinki Fair Centre, 5 October 2001.

〔29〕 OECD Policy Roundtables, *supra* note 22, p. 340.

此,相关市场的界定通常是对竞争行为进行分析的起点,是反垄断执法工作的重要步骤。”这说明,相关市场界定对我国的反垄断执法也有着特别重要的意义。

相关市场界定在企业并购审理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,考虑前面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相关市场的集中度时,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》。^[30]《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,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之一。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方的排除、限制竞争行为作出反应,并发挥遏制作用。判断市场进入的难易程度,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。

[30] 商务部公告 2011 年第 55 号,见商务部网站 <http://www.mofcom.gov.cn/article/b/c/201109/20110907723440.shtml>,最后访问日期:2018 年 9 月 9 日。

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。^[31] 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, 公布的决定中一般都有 6 项内容: ①立案和审查程序; 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审理经营者集中案件的决定性步骤。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。执法机关由此就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。^[32] 反垄断执法机关 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营一案(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服的证据支持, 不能解决执法机关的竞争关注。这种情况下, 执法机关在该案的审查决定中指出, “禁止此项经营者集中”。^[33] 执法机关的这些公告说明, 界定相关市场在我国的经营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, 并根据该案对我国的竞争影响, 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。由于我国反垄断执法机关在该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的市场有差别, 商务部遂对这个并购(紧密性联营)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 Sacker 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。^[35] Sacker 教

[31] 参见徐乐夫: “互联网行业之于反垄断的诸多问题需要理论支持”, http://www.legaldaily.com.cn/zt/content/2018-08/03/content_7609994.htm, 最后访问日期: 2018 年 9 月 9 日。

[32] 商务部公告 2016 年第 38 号: “关于附加限制性条件批准百威英博啤酒集团收购英国南非米勒酿酒公司股权案经营者集中反垄断审查决定的公告”, 见商务部网站 <http://www.mofcom.gov.cn/article/b/g/201610/20161001542533.shtml>, 最后访问日期: 2018 年 9 月 9 日。

[33] 商务部公告 2014 年第 46 号: “关于禁止马士基、地中海航运、达飞设立网络中心经营者集中反垄断审查决定的公告”, <http://www.mofcom.gov.cn/article/b/c/201406/20140600628730.shtml>, 最后访问日期: 2018 年 9 月 9 日。

[34] 凤凰财经: “中国商务部发禁令, 马士基等全球三大航运巨头宣布终止结盟达飞班轮”, http://finance.ifeng.com/a/20140618/12564142_0.shtml, 最后访问日期: 2018 年 9 月 9 日。

[35] Franz Jürgen Sacker, “Chinesisches Aus für eine Reederei—Allianz”, *Wirtschaft und Wettbewerb* 11(2014), p.1031.

授之所以评价我国反垄断执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。

三、企业并购竞争分析的几个计量经济学方法

如前述,美国 2010 年《指南》提出,“执法部门的分析不需要从市场界定开始,……执法部门评估竞争影响所使用的分析工具并不总是依赖市场界定。”^[36]这些观点反映了反垄断经济学 20 多年来在相关市场界定方面的理论发展,即考虑到相关市场界定不可避免地存在着主观性、复杂性、不确定性等缺陷,20 世纪九十年代以来,经济学界开始寻找相关市场界定的替代方法,希望通过经济学方法特别是计量经济学方法简化并购审查中的竞争评估。理论上较为成熟且为某些反垄断执法机关采用的方法主要有 UPP 测试法(upward pricing pressure)和并购模拟法(merger simulation),它们主要应用于市场上存在相似产品的情况下,即参与并购的企业生产同类产品的情况下,并购可能出现的单边效应。这些方法一般涉及分流比(diversion ratios),即产品 A 与产品 B 的生产企业发生并购的情况下,产品 A 涨价后失去的销量会流向产品 B 的情况。^[37]

(一)UPP 测试法

UPP 测试法是测试涨价压力的简称,它由美国加州大学的法瑞尔(Joseph Farrell)与夏皮罗(Carl Shapiro)两位经济学教授提出,这两位教授还分别在美国联邦贸易委员会和美国司法部反垄断局担任过首席经济学家。

UPP 主要是考察并购后企业涨价的可能性或者动机,其原理比较简单:即在 A 和 B 并购前,如果 A 涨价,其部分客户会转向 B 以及其他生产同类产品的企业,由此 A 就没有兴趣涨价;然而,A 和 B 的并购则可能改变这种局面,因为 A 的涨价会导致其部分市场销量由 B 获得,B 获得的这部分利润则可以使 A 受益。这说明,A 与 B 并购后的提价可能性取决于两个因素:第一,A 的价格上涨后转向产品 B 的需求有多大;第二,产品 B 在产品 A 的价格上涨后所能增加的利润率。涨价压力可以通过下述公式表示: $UPP_b = D_{AB}(p_B - c_B)$, D_{AB} 表示产品 A 涨价时其客户向产品 B 的转移率, $p_B - c_B$ 表示 B 的利润,即 B 的价格与其边际成本之间的差额。^[38]这个公式说明,如果执法机关可以获取 A 产品的转移率(即分流比)与 B 产品的利润率,那就可以通过测试并购后企业是否存在涨价压力而直接预测并购的竞争效果。正是考虑到 UPP 测试可以直接认定某些企业并购的竞争效果,不仅法瑞尔与夏皮罗两位经济学家对 UPP 测试法予以高度的评价,认为这是测度或评估并购可能导致单边效应的一种“极简单且极具实用价值”的方法,^[39]美国司法部和联邦贸易委员会 2010 年《指南》也由此指出,某些情

[36] Horizontal Merger Guidelines, supra note 1, section 4.

[37] See Carl Shapiro, “The 2010 Horizontal Merger Guidelines: From Hedgehog to Fox in Forty Years”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 77, No. 1, 2010, pp.49-107.

[38] 转引自(德)丹尼尔·茨曼:“从‘结构—行为—绩效范式’到‘涨价压力测试’:竞争法与经济学简史”,载王晓晔主编:《反垄断法中的相关市场界定》,社会科学文献出版社 2014 年版,第 12 页。

[39] Carl Shapiro, supra note 37, pp. 49, 77.

况下的经营者集中可以不依赖市场界定。^{〔40〕}

然而,UPP测试法也有着明显的局限性:第一,涨价压力测试仅能应用于差异性产品之间存在价格竞争的市场;第二,这种方法只能说明并购后是否存在市场竞争问题,而无法进一步获取并购后市场竞争的精确信息,例如,即便存在着涨价压力,但是不能精确地预测涨价幅度;第三,有学者认为,UPP测试法可能就并购竞争分析得出错误的结论,因为在分流比大于零和产品存在利润率的情况下,UPP测试总会得出涨价压力的预测。举例说,一个行业有10个不同产品的生产商,每个生产商的市场份额10%,这些生产商之间的分流比就是一个相同的正数。假如10个生产商之中有两个生产商并购后其市场份额会达到20%,假如它们存在利润率,这个UPP测试将会反映一个正数的分流比,由此说明这个并购存在反竞争效果。然而,根据传统的分析法即考虑并购后的HHI指数,这个并购应当处于安全港之内。这个假设的案子说明,通过UPP测试法预测并购的反竞争影响,可能会导致过低的干预门槛,即可能会干预有利于提高效率的企业并购。^{〔41〕}简言之,世界各国反垄断执法机关应用UPP测试法进行并购审查的案件目前还不是很多,其可靠性还未经实践证实。有学者认为,UPP测试法可作为一个“快轨审查机制”推进那些没有反竞争影响的案件尽快获得批准。如果发现一个并购交易存在涨价压力,那么案件就需作进一步的分析,即执法机关不能仅依据涨价压力禁止一个并购。^{〔42〕}这说明,UPP测试法充其量可以作为并购竞争分析的一个工具,但是不能作为相关市场界定的替代方法。^{〔43〕}

(二)并购模拟

并购模拟也是应用计量经济学分析并购竞争影响的一种方法,它是使用不同产品之间的分流比预测并购后企业价格增长的情况。^{〔44〕}并购模拟的主要方法是应用寡头市场竞争模型例如伯川德模型从需求方和供给方的角度评估决定市场结构特征的一些参数,由此通过量化模拟出并购对价格、产量及企业间实施共谋行为的影响,为判断企业并购是否严重限制竞争提供证据。^{〔45〕}并购模拟需要建立多个需求弹性模型,以说明市场上价格与销量之间的关系。合理的需求弹性模型应满足一定条件,基本条件是自身价格弹性为负数,因为产品的销量随其价格上涨而减少;交叉价格弹性为正数,因为一种品牌产品的涨价会导致市场上其他品牌需求量的增加。并购模拟与涨价压力分析(包括UPP测试法)有一定的关系,例如都会考虑分流比,但它们之间有很多不同之处:第一,涨价压力分析是预测并购能否导致价格上涨,并购模拟则可以预测价格上涨的幅度;第二,涨价压力的分析基础是未参与并购的企业不会随着企业并购而调整它们的价格,并购模拟分析则需要把未参与并购企业对并购的反应考虑进来;第三,

〔40〕 Horizontal Merger Guidelines, supra note 1, section 4.

〔41〕 OECD Policy Roundtables, supra note 22, p.400.

〔42〕 茨曼,见前注〔38〕,第12—13页。

〔43〕 Dennis W. Carlton, “Revising the Horizontal Merger Guidelines”, *The Journal of Law and Economics*, Vol. 6, No. 3, 2010, pp. 619, 624.

〔44〕 See Oliver Budzinski and Isabel Ruhmer, “Merger Simulation in Competition Policy: A Survey”, *The Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 6, No. 2, 2010, p.277.

〔45〕 陈璐:“横向并购反竞争效应的实证研究评述”,《西北大学学报(哲学社会科学版)》2015年第3期,第73—74页。

并购模拟分析的方法比涨价压力的分析更为灵活,例如除了考虑并购后企业的价格和产量外,它还可以考虑并购对市场竞争的其他影响,除了考虑差异化产品之间的价格竞争,通过古诺模型它还可以分析同质产品之间的数量竞争等。^[46]

因为并购模拟可以为并购案件的竞争分析提供证据,帮助执法机关确认并购对产品价格可能产生的影响,它作为评估竞争影响的一个工具,其价值不容否认。有些经济学家对并购模拟分析法作出了高度的评价,理由是它可以评估应用其他并购分析法不能评估的竞争影响,从而将美国2010年《指南》提出的单边效应分析发展了一大步。^[47]不过,也有经济学家和律师指出,并购模拟分析同样存在诸多缺陷:第一,一个完整的并购模拟需要有全方位的数据,但事实上反垄断案件很难得到模拟分析所需要的相关数据;^[48]第二,这种方法太依赖数据,因此不可能把握市场的动态和发展,不能全面反映现实的情况,其结果和UPP测试法一样,非常可能夸大并购对市场竞争的不利影响,导致一些可能促进竞争的并购遭致反垄断调查;^[49]第三,使用不同的模型会出现不同的后果,并购模拟不仅对数据的要求很严格,需要进行复杂的计算,而且得依赖经济学的各种需求模型预测价格或者数量的变化,其结果就是对使用的模型或者函数很敏感。有学者指出并购模拟在实际操作中的问题,即使用不同的模型可以得出不同的需求评估(demand estimates),不同的需求评估则会导致并购后的市场出现重大的不同后果。^[50]即实践中非常可能出现的问题是,一个反垄断案件的控辩双方会各自根据自己的需求,在并购模拟分析中选择对自己最有利的需求评估办法,由此得出一个并购对市场竞争可能有着完全不同的影响的结论。考虑到参与同一案件的经济学家们可能对并购的竞争影响有着完全不同的看法,这样的分析后果对并购模拟的非专业人士更是说不清道不明,其结果就是执法透明度的不足。^[51]因此,有学者指出,如果不通过界定相关市场,而仅仅通过这些经济学方法来评估企业并购后的单边效应或者协调效应,其结果就是“理论上很巧妙,实践中却是有害的”。^[52]

(三)经济学方法的总体评价

上述关于UPP测试法和并购模拟分析法的讨论说明,通过定量分析来预测企业并购的竞争影响不是像某些经济学家们想象得那么简单。概括而言,这些经济学方法应用在并购竞争分析中至少存在以下方面的问题:

[46] OECD Policy Roundtables, supra note 22, pp. 72—74.

[47] Roy J. Epstein & Daniel L. Rubinfeld, “Merger Simulation: A Simplified Approach with New Applications”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 69, No. 3, 2002, pp. 883—919.

[48] Carl Shapiro, “Mergers with Differentiated Products”, *Antitrust*, Vol. 10, Spring 1996, pp. 23, 25.

[49] James F. Rill, “Product Differentiation: Practicing What They Preach: One Lawyer’s View of Econometric Models in Differentiated Products Mergers”, *George Mason Law Review*, Vol. 5, No. 3, 1997, p. 399.

[50] Christopher R. Knittel and Konstantinos Metaxoglou, “Challenges in Merger Simulation Analysis”, *American Economic Review*, Vol 101, No. 3, 2011, pp. 56—59.

[51] Joseph Farrell & Carl Shapiro, “Antitrust Evaluation of Horizontal Mergers: An Economic Alternative to Market Definition”, *The B.E. Journal of Theoretical Economics*, Vol. 10, No. 1, 2010, pp. 1—35.

[52] James F. Rill, supra note 49, pp. 393, 402.

1. 经济数据难以获取

经验表明,通过各种经济学方法分析并购的竞争影响虽有可取之处,但是因为精确的计量经济分析所需要的数据通常难以获得,应用这些分析方法的机会就比较有限。以 UPP 测试为例,尽管有些经济学家认为这种方法非常简单,然而真实的情况是,这种测试法所需要的差异性产品之间的转移率(分流比)和相关企业的利润率以及边际成本等数据的获取不仅非常困难,而且这些数据非常可能在相关企业之间产生分歧。因此,有人认为在 UPP 测试或者并购模拟分析中获取数据和计算数据的难度可能比起相关市场界定和计算市场份额的难度更大,问题更复杂。^[53]

2. 不能全面分析并购的竞争影响

即便可以获得必要的数据,但这些方法绝不是对每个案件都有效率。以 UPP 测试为例,这个方法仅可在并购审查的第一阶段协助考虑潜在的反竞争影响。如果认为这个方法可以解决并购竞争分析的所有问题,这种想法如同使用市场份额评估市场势力一样,是不充分和不全面的。特别需要考虑的问题是,这些方法只是考虑差异性产品的并购竞争影响,而没有考虑产品供应商方面的潜在竞争。其实,在并购的竞争分析中,人们不仅需要从消费者的角度考虑需求替代,还需要考虑新的市场进入以及市场上现有产品扩张的可能性。如果要考虑市场进入和市场扩张,那就得界定相关市场。这说明,经济学方面的数据不能用来评估并购竞争影响的所有方面。其实,不管理论上还是实践中,没有任何经济学理论或者模型没有缺陷。经济学理论的最大缺陷是,理论模型可能发展得很先进,但实践中作为证据时却存在问题。^[54] 例如,计算利润率的经济模型在确定或者测度利润率时可能会受到几代经济学家都已经遇到的挑战。由于经济学方法不可避免地存在着缺陷,这些方法充其量只能作为评估并购竞争影响的各种因素中的一个因素,或者只能适用于特殊的案件或者特殊的竞争模式,而不具有评估并购竞争影响的普遍价值。

3. 不透明带来法律不稳定性

若依传统标准以界定相关市场来评估市场势力,企业如果想免遭反垄断审查或者诉讼,理论上应使其市场份额不要超过一定的标准,也即经营者应当能够感受到市场竞争的压力。然而,如果执法机关评估并购所使用的工具是 UPP 测试或者并购模拟分析法,相关企业得被要求提供其产品的价格、边际成本以及分流比,但是这些作为企业自我评估的信息数据可能具有保密性。此外,即便执法机关获得了计量经济分析所要求的数据,由于运用数据进行竞争分析的疑难问题很多,反垄断诉讼往往会成为经济学家之间的争论和对抗,律师和法官可能就成为审案的边缘人物,案件的不确定性大增。^[55] 换言之,较之界定市场和测度市场份额的传统方法,以上计量经济学方法带来的法律不确定性很大,案件审理的透明度不高。然而,执法的透明度对企业非常重要,如果执法机关的并购竞争分析丧失透明度,这会大大加重企业并购的成本和风险。

[53] Dennis W. Carlton, *supra* note 43, pp. 619, 625.

[54] OECD Policy Roundtables, *supra* note 22, p. 399.

[55] John E. Lopatka, "Market Definition?", *Review of Industrial Organization*, Vol. 39, No.1-2, 2011, pp. 69, 88.

四、结 论

从美国 1948 年的哥伦比亚钢铁公司案^[56]起算,界定相关市场的理论和实践已经有了 70 多年的历史。世界各反垄断司法辖区普遍认识到,界定相关市场是并购案件竞争分析的一个必要和关键性的步骤。国际竞争网络发布的《并购指南手册》强调,“识别竞争范围的起点是从消费者的角度识别可以相互替代的产品”,“市场界定可以说明竞争的范围,由此提供一个智慧和系统的工具,以便收集和评估竞争约束的各种证据”。^[57]国际竞争网络发布的《并购分析推荐意见》也强调,“执法机关一般应在一个具经济影响的市场内评估并购竞争影响”,“市场份额和测度市场集中度可提供一个有用的指南,这有助于识别并购是否产生反竞争的问题,以及是否需要进行深度分析。”^[58]这说明,相关市场界定是对案件竞争分析的起点不是终点,但这个分析过程就是对并购竞争影响的认识过程。

市场界定作为并购竞争分析的基本方法,它不否认各种经济学方法的作用和功能。这一方面因为市场界定和市场份额的认定有其局限性,如果市场界定不科学、不正确,由此计算的市场份额就会不准确。市场份额和市场集中度的局限性是执法机关、律师和企业界普遍认识到的问题,因此人们的共识是并购竞争评估不能止于市场份额。另一方面,经济学方法(如 UPP 测试和并购模拟)有其一定的适用价值,特别当参与并购企业生产相似产品且有充分证据说明市场发展的情况下,这些方法有助于执法机关分析并购是否损害竞争。然而,不管这些经济学理论和方法多么重要,它们都不可能替代竞争分析中相关市场的界定,即执法机关应当恰当地评估各种需求替代和供给替代,全面评估与市场界定相关的各种证据。即各种经济学方法的应用应被视为全面评估市场竞争影响的证据,这些方法能够在并购的竞争评估中实际发挥作用的前提条件,应当是在执法机关合理界定的市场框架内进行。^[59]

最后需指出的一个问题是,市场界定作为并购竞争分析的第一步,对跨国并购尤其重要。全球现在有一百多个竞争执法机关可以处理跨国并购案件,因此参与跨国并购的企业必须考虑其交易可能受到哪些反垄断司法辖区的审查,这些执法机关干预并购的门槛是什么,它们的实质性审查标准如何等等。如果一个并购交易在不同的反垄断司法辖区有着不同的竞争分

[56] United States v. Columbia Steel Co., 334 U.S. 495 (1948).

[57] ICN Merger Guidelines Workbook, Prepared for the Fifth Annual ICN Conference 15 (April 2006), available at <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/uploads/library/doc321.pdf>, pp. 16-17, last visited Sept 16th, 2018.

[58] ICN Merger Working Group, *supra* note 5, p. 4.

[59] 我国商务部 2017 年第 77 号“关于附加限制性条件批准马士基航运公司收购汉堡南美船务集团股权案经营者集中反垄断审查决定的公告”指出,该案审理中运用了综合涨价压力指数(GUPPI)对集中后的马士基航运涨价的可能性进行过量化评估;此外还运用并购模拟计算出集中后马士基航运冷藏集装箱班轮运输服务的涨价幅度可能达到 10% 以上,从而认定这个集中可能产生排除限制竞争的效果。但是,商务部审理该案即便运用了综合涨价压力指数和并购模拟测试,这些计量经济学方法并没有取代了该案的相关市场界定,见前务部网站 <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201711/20171102667566.shtml>,最后访问日期:2018 年 9 月 16 日。

析,这自然会加大并购的成本和风险。^{〔60〕} 如果各国反垄断执法机关一致采取界定市场的方法,它们的并购竞争分析不会产生太大的冲突。这对执法机关来说,有助于提高执法的透明度;对企业来说,有助于提高它们对跨国并购法律后果的可预期性,降低并购成本。德国联邦卡特尔局向经合组织(OECD)市场界定圆桌会议提交的报告指出,“现在评估竞争影响的方法很灵活,既可采用新的框架进行评估,也可对特殊案件采用多种工具和方法进行评估。但是,如果为了采用其他分析工具而全面放弃相关市场的界定,那就走得太远,背离了建设性改革的方向。”^{〔61〕}这说明,世界各国反垄断执法机关对并购交易的竞争分析可以灵活地采用多种方法,但相关市场界定仍然是一个基本的工具。有学者就此还明确指出,那些认为反垄断并购分析可以放弃市场界定的建议是不明智的,如果不进行相关市场界定,反垄断执法机关和法院可能会做出更多的错误决定。^{〔62〕}

Abstract: In order to analyze whether a M&A will be harmful to market competition, it is usually necessary for the anti-monopoly enforcement agency to define the relevant market. Market definition is helpful to identifying the relevant product and geographical markets, to knowing the competitors and their respective market share and the market concentration, and to evaluating the barriers to entry and the potential competition. Therefore, market definition is not only the first step, but also the key step in the M&A competition investigation, and it provides a wise and systematic analytical tool in the process of collecting and evaluating all of evidence. As the basic reference in the M&A analysis, market definition does not eliminate various economics methods, such as the UPP test and merger simulations. But no matter how important these economic approaches are, their application is only helpful in getting supplementary information and evidence in the M&A competition investigation, rather than replacing the market definition.

Key Words: Anti-Monopoly Law; Merger Control; Market Definition; Upward Pricing Pressure (UPP); Merger Simulation

(学术编辑:邓峰)

(技术编辑:周轩宇)

〔60〕 企业界以及有些反垄断执法机关对并购竞争分析引入经济学方法的忧虑主要有以下几点:一是担忧执法机关由此从界定市场的传统走得太远;二是担忧经济学方法可能不合理地将没有反竞争问题的并购置于被审查的地位;三是担忧执法机关为获取经济数据会给并购当事人强加很多举证责任。See the report by Business Advisory Committee (BLAC) to the OECD, in OECD Policy Roundtables, supra note 22, pp. 395-405.

〔61〕 OECD Policy Roundtables, supra note 22, P. 245.

〔62〕 James A. Keyte, Kenneth B. Schwartz, “‘Tally-Ho!’: UPP and the 2010 Horizontal Merger Guidelines”, *Antitrust Law Journal*. Vol. 77, No. 2, 2011, pp.587, 613.