



第六次联合国全面审查《管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》会议

2010年11月8日至12日，日内瓦

临时议程项目6(a)

审查《原则和规则》的适用和执行情况

经济困难时期竞争倡导、兼并管制及法律的有效执行的作用

贸发会议秘书处的说明

执行摘要

本文件是一份背景报告，讨论了竞争主管当局为应对全球经济危机所采取的各种办法，以便有效执行兼并管制。本报告建议，正如此次衰退的影响超越了它的原发市场，所以，竞争政策的执行者在执行竞争政策和兼并管制时也应高瞻远瞩。要使执行有效，政府应努力降低其干预措施对竞争产生的不利影响，并考虑到许多市场具有全球规模，分析在其他国家产生不良后果的风险。因此，反竞争做法需要全球采取协调一致的对策。

除加强协调之外，本文件建议，竞争政策和兼并管制的有效执行要求在经济周期的各个阶段始终如一地严格执行国家法律，不因应对衰退时期而放宽执行。另外，本文提请关注竞争倡导在经济困难时期更加重要的作用，指出竞争政策的有效执行要求扩大竞争倡导的范围，以涉及更广泛的政策领域，而不影响竞争主管当局的独立性。

目录

	页次
导言.....	3
A. 金融危机的背景.....	3
B. 对兼并管制的影响.....	4
一. 有效执行：合作的必要性.....	7
A. 竞争的全球性.....	7
B. 关于竞争的国际文书和组织.....	7
二. 执行现行法律和政策.....	9
A. 维持现状.....	9
B. 程序性变化.....	11
C. 实质性变化.....	12
D. 退出战略.....	14
三. 竞争倡导.....	15
A. 需要加强作用.....	15
B. 有利于竞争的产业战略.....	15
C. 独立.....	16
D. 扩大竞争倡导作用的实际步骤.....	16
四. 结论.....	17
供讨论的问题.....	18

导言

A. 金融危机的背景

1. 据说最近的全球金融危机是在银行的重大战略错误和鲁莽行为与监管薄弱的共同作用下引起的。银行在有失公允的奖励措施的驱动下过度借贷，远远超出其可利用的资本，资产价格泡沫破灭后，银行问题暴露出来，并引发大规模的拖欠。由于全球金融机构彼此从事不透明的信贷违约衍生品交易，所以这些影响波及全球各地。

2. 2008年9月华尔街第四大银行雷曼兄弟投资银行申请破产，这场危机随之达到顶峰。此后不久，全球信贷市场冻结，股票市场崩溃，其他主要金融机构接连垮台，先是在美国，然后殃及欧洲及更远的地方。银行系统受到冲击，这意味着银行无法向实体经济中的企业提供信贷，导致这场危机的影响不仅限于金融市场，而且向其他领域蔓延。整个国际金融体系全面失灵，全球经济衰退全面爆发，由此造成的威胁隐约可见。各国政府，尤其是发达国家政府面临的压力加大，它们被迫迅速采取措施，阻止银行倒闭引发的多米诺效应，恢复金融市场秩序并实现经济复苏。

3. 各种政府采取各种形式的干预措施来应对全球金融危机，其中特别包括：

(a) 政府出面拯救企业（主要但不限于金融部门机构）；

(b) 向金融系统注资，以保持信贷流动，通常做法是兑换受益人的大笔股权；

(c) 鼓励金融部门内部兼并，创建“超级银行”；并且

(d) 要求竞争主管当局以“宽松”的方式执行竞争规则，以便以其他方式处理可疑的兼并和联盟。

（有关世界各国政府为应对金融危机和全球衰退所造成的影响而采取措施的更具体实例，见下文方框）。

4. 因此，政治压力日益影响竞争政策的执行。例如，欧洲联盟委员会（欧盟委员会）基本上是被迫转变有关金融机构的国家援助规则方面的政策的，以响应各国政府支持其金融部门所采取的救援措施。欧洲联盟（欧盟）的许多成员国政府已经违反国家援助规则，给予破产机构援助，有人因此表示说，欧盟委员会只得修正规则，以防止国家援助规则受到公然藐视，并抵制要求彻底摒弃这些规则的政治压力，除此之外别无选择。

5. 屈从系统性政治压力，放宽竞争规则和执行工作，可能对国内外竞争产生不利后果，同时延迟全球复苏。市场的全球性质和普遍衰退趋势突显出，一国经济活动可能对另一国市场产生外部影响。正如下文第二章所讨论的，为了有效开

展竞争，至关重要的是各国不要只追求本国自身的利益，而要采取更广泛的做法，考虑其政策对其他国家竞争的影响。

B. 对兼并管制的影响

6. 兼并影响了市场构成和结构，其影响超出竞争之外的政策领域。例如，很大一部分外国直接投资采用兼并和收购形式，并且经常得到各国政府，特别是谋求增长的发展中国家政府的鼓励。在最近的金融危机中，各国政府往往欢迎收购有资金困难的大公司，这样政府不必为拯救公司而拿出任何财政支出了。竞争政策旨在规范和防止有可能对市场竞争产生不利影响并与这些政策目标有冲突的兼并。因此，兼并成为工业、政治或经济政策目标的焦点问题。如何处理经济困难时期的兼并管制问题构成全球竞争主管当局的巨大挑战。

7. 关于最近经济衰退期间兼并活动和兼并管制执行工作的主要发展情况，概括起来包括以下几个方面：

(a) 对政府施加更大压力使其全面放宽兼并管制法和执行标准。这对某些管辖区的竞争主管当局形成重大挑战，它们的作用常常因追求其他短期政策目标而被削弱，受到边缘化待遇；

(b) 各国通常结合大型一揽子刺激计划支持或鼓动兼并，作为政府实施的范围更广泛的复苏政策的一部分。同样，此类兼并的背后具有潜在政策目标不一致的问题，由此造成的影响波及兼并管制执行工作；

(c) 危机加大了对兼并决策进行实质性分析的复杂程度。反事实分析¹进入一片未知领域，需要从过去 15 年来大多数经济体持续增长和稳定向有限的融资渠道和破产需求进行重大转变。更确切地说，公司因经受某种形式的资金困难而增加使用与其他反竞争兼并有关的破产公司抗辩的数量有所上升。这对实质性分析和补救措施构成挑战。例如，为数不多的具备购买能力的买方因融资渠道有限而撤资，从而限制了竞争主管当局实施结构性补救措施的能力；

(d) 这对竞争主管当局造成程序上的影响。由于市场十分脆弱，企业财务状况不稳定，导致各方对实质性评估质量产生忧虑，迫使竞争主管当局对规则执行工作做出迅速回应。

8. 本文由如下各部分组成。第一章对全球合作执行竞争法的必要性表示支持，以有效执行兼并管制，尤其是在经济困难时期。该章探讨竞争的全球性以及竞争主管当局必须更加重视国内兼并法执行工作对全球竞争产生的更广泛的不利影响。第二章强调经济危机时加强执行现行国家竞争法和抵制为获得短期政策利益而放宽执法的压力的好处。该章还提请注意需要解决竞争制度中产生阻碍作用

¹ 反事实分析是指竞争主管当局用来预测兼并对相关市场的潜在影响的一种手段。它对市场的现行竞争结构和正在讨论的兼并成功后市场未来构成情况进行比较。分析目的通常是为了解释兼并是否导致竞争降低。

的限制因素。第三章论述了倡导在有效执法中的作用。该章呼吁在更广泛的政策领域扩大竞争宣传，以限制反竞争兼并，宣传替代方案。最后一章提出一些结论性意见，并提出供讨论的问题。

2008–2009 年全球各国采取的经济危机对策

发达国家：概况

发达国家作为全球金融危机的发源地，特别是美国和欧洲市场，受到这场危机的严重影响。政府为了应对巨大的经济压力，采取各项前所未有的措施，有计划有步骤地援助濒临破产的重要金融机构。

美国

- 推出 7 870 亿美元的一揽子财政刺激计划。
- 许可多项兼并，这可能会大幅提高美国金融市场的垄断程度，其中包括美国银行收购美林公司，以市值计算成为世界第二大银行。
- 联邦储备银行向保险业巨头美国国际集团提供 1 825 亿美元贷款，换取该公司 79.9% 的股份。
- 美国政府又购买美国九大银行价值 2 500 亿美元的股份。
- 美国财政部批准向奋力挣扎的汽车业巨头通用汽车公司和克莱斯勒有限责任公司提供多笔贷款，以使其免于破产。

欧洲联盟

- 欧盟推出共计 2 000 亿欧元（2 640 亿美元）的一揽子财政刺激计划，约占国内生产总值的 1.5%。
- 欧盟委员会迅速批准银行拯救计划，快速整合欧洲准则，允许为银行存款提供两年以下的国家担保计划，放宽欧盟国家援助规则，认为这样做“对应对当前金融市场的动荡局面是有必要的”。

联合王国

- 针对银行推出 8 500 亿美元的一揽子救助计划。
- 劳埃德 TSB 银行获准以 120 亿英镑（189 亿美元）收购英国最大的抵押贷款银行，苏格兰哈里法克斯银行。联合王国竞争主管当局公平贸易办公室表示这笔交易有可能大幅降低某些市场的竞争程度（如个人活期账户和抵押）
- 联合王国抵押贷款银行北岩银行和布拉德福德—宾利银行实现国有化。西班牙桑坦德银行收购了布拉德福德—宾利银行的零售存款业务和分行网络。

日本

- 推出 15 万亿日元的一揽子刺激计划（占国内生产总值的 3%）。
- 日本央行向各银行提供 102 亿美元的从属贷款，为它们枯竭的资本注资。
- 立法机构修正其兼并管制法，以便简化兼并审查过程。

大韩民国

- 政府推出 1 300 亿美元的一揽子救助计划，向外债提供国家担保，并承诺重组金融机构。
- 立法者也修正兼并管制法，以便简化审查过程。
- 政府为购买新车以代替旧车的客户削减 70% 的购置税和登记税。

发展中国家/转型国家：概况

根据世界银行，发展中国家和转型国家受到全球经济衰退的重创。2009 年第一季度，在提供了统计季度国民账户数据的 31 个发展中国家中，有 25 个国家报告增长率为负数。

巴西

- 政府降低银行强制性储备规模，并为大型金融机构收购小型银行的贷款组合业务制定奖励措施。
- 国家在 2009 至 2010 年间向国家经济和社会发展银行（经社发展银行）及其他机构拨款 1 150 亿雷亚尔（占国内生产总值的 4%），以此来鼓励政府持有或控制的银行扩大其信贷业务。
- 政府为出口商设定信用额度、出售中央银行的外汇掉期，减轻特定金融业务的税负。

中国

- 政府推出 4 万亿人民币（5 860 亿美元）的经济刺激计划。
- 一揽子刺激计划包括各种金融援助措施，如旨在加强优先部门的退款和财政措施。

一. 有效执行：合作的必要性

A. 竞争的全球性

9. 1980 年代向贸易自由化和放松管制方向发展的全球趋势，导致从产业政策²集中转向竞争政策。³如今，100 多个国家设有行使职能的竞争主管当局（中国和印度新近列入该清单）。相比之下，十年前仅有 14 个国家设置这种机构。尽管试图制定多边竞争规则的努力尚未见效，但当前的竞争无疑是一种全球现象，并且世界各国的竞争主管当局和制度之间必须进行某种形式的协调。

10. 贸易自由化迅速发展，使得外国直接投资显著增长，其中有相当一部分采取兼并和收购形式。这种事态发展使得合作对于兼并管制领域具有特别重要的意义。现如今公司的市场经营范围已大大拓宽，扩大了境外兼并范围。如今，多数美国或欧盟公司之间的大规模兼并需要全球各地多重竞争主管当局的批准。竞争主管当局加大在执法程序和标准方面的协调工作，这样做对工商界有利，因为它降低了交易成本，减轻了对同一笔交易进行多重辖区审查的负担。在此更重要的是，就兼并对其他辖区的竞争所产生的影响而言，加强合作有助于解决其他国家竞争主管当局关切的问题。这需要决策者认识到，“竞争领域”属于法律范畴，而非政治范畴或受政策影响的范畴。

11. 如上所述，经济困难时期的特点是不相信竞争价值观，或更加不容忍竞争价值观，尽管这种价值观带来长远利益，有利于经济复苏和增长（见下文第二章）。合作在经济衰退时期比以往任何时候都更重要，以便抵制压力和诱惑，不屈从在投标中放宽兼并管制、不惜一切代价实现稳定的要求。认为反竞争政策遥不可及以及它对竞争造成整体不利影响的想法，也将减少政府之间发生冲突的可能性，并且更易于实现平等的竞争环境。

B. 关于竞争的国际文书和组织

12. 合作是在贸发会议主持下经谈判达成的《管制限制性商业惯例的一套多边协议的公平原则和规则》（《原则和规则》）以及经济合作与发展组织（经合组织）各项文书的核心。⁴《原则和规则》和经合组织的各项文书规定，应当开展国际合作来消除或有效应对影响国际贸易的限制性商业惯例，并建议采纳或保持并有效执行竞争法和竞争政策。《原则和规则》和经合组织的各项文书就竞争主管当局之间的协调提出具体建议，其中包括通知、协商、交流非机密和机密资料（须有保障措施），协调调查和侦查援助，以及为极力减少竞争法执行中的冲突

² 产业政策一般指政府有意识地开展协调一致、突出重点的工作，鼓励并推动具体产业或部门。

³ 竞争指努力取得优势，在商业环境下是指竞争者努力获取市场中的客户和业务。

⁴ 经合组织的各项文书适用于其成员国中数量有限的国家。

而设置调解机制。此外，《原则和规则》提请发达国家需要注意考虑发展中国家，特别是最不发达国家在发展、资金和贸易方面的需要（C 条）。《原则和规则》敦促各国在认识到限制性商业惯例对国际贸易产生不利影响之时，尽可能采取适当措施来管制这些活动。

13. 在运作方面，国际竞争网络是一个通过非正式的对话和交流最佳做法促进在兼并管制执行方面开展国际合作的论坛，其业务方式不太正式。该组织承担与兼并管制有关的任务，目的是促进在设计和实施兼并审查制度方面采用最佳做法，以增强各辖区执行兼并审查机制的实效，促进在程序性和实质性方面趋于一致，减少公共和私人时间及多重辖区兼并审查的成本。⁵

14. 世界各地取得了重大进展，以实现上文提及的某种合作，并且在近期危机期间多次证明这种协调带来的好处。例如，欧盟委员会尤其认识到，有必要“保持一个平等的竞争环境，并确保一国措施不会直接将问题转嫁给其他成员国”。欧盟委员会采取措施，促进遵守不歧视和相称性等单一市场原则，避免成员国之间出现补贴竞赛。当然，这些努力集中在欧盟区域层面。

15. 另一个在区域一级开展协调工作的实例见于北欧国家。该国家集团对协调其竞争法和竞争政策执行办法的需求表示赞赏，以实现它们憧憬的平等的国际竞争环境。其近期竞争政策和金融危机方面的报告详细分析了经济危机对其经济体的影响，并概述了它们为应对面对的挑战采取的办法。该集团就危机时期不应放宽竞争政策的基本观念达成一致，并提出在兼并管制（北欧竞争主管当局）等其他领域采取共同执行办法的建议。

16. 在衰退期间，双边一级也做出了合作努力。大韩民国公平交易委员会和欧盟委员会正式同意合作并提高竞争政策和执行工作的趋同性。这包括在兼并和收购审查方面合作，相互通知可能对另一个管辖区产生影响的执行活动。双方的主管机构还商定共享信息，协调执法活动，保护另一方主管机构提供的机密资料，采取其他各种措施以便促进双方主管机构的密切工作关系。同样，日本立法机关修正了其兼并审查过程，以便与欧盟和美国的进程更加一致，并根据它们的通知要求减少交易数量。

17. 关于这种协作协定的潜在内容的具体实例，我们不妨转向澳大利亚竞争和消费委员会与新西兰商业委员会之间关于兼并审查合作的协定。双方机构商定，如果兼并交易涉及跨塔斯曼业务或影响另一国市场，则会通知对方。它们还将征求通知方的许可，以便将此类兼并告知另一方机构。其他规定商定简化执行活动，其中特别包括：

⁵ 见 <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/merger.aspx>。

(a) 时间安排——只要有可能，双方机构就要设法在安排评估时间表时铭记彼此在过程上的差异；

(b) 放弃保密和收集证据——双方机构力图使兼并方从广义上放弃保密，这样就可以与另一个机构分析交易信息，从而改善交流，掌握更多信息，实现及时和有效的决策过程；

(c) 实质性评估——双方机构商定彼此在审查过程中进行广泛联系，分享信息和比较证据分析方法；

(d) 补救措施——双方机构商定做出努力，促进补救措施的兼容性，使其在另一管辖区获得认可，讨论彼此适用的补救措施，并尽可能共享补救建议草案，征求意见，参加同合并方和相关第三方的共同讨论。

18. 从澳大利亚竞争和消费委员会与新西兰商业委员会之间的协定中得出的经验是，合作协定必须考虑不同机构在立法背景和审查过程上的异同。例如，尽管新西兰与澳大利亚的兼并审查通知规定是自愿的，但审查过程的正规程度却大相径庭，澳大利亚的制度显得非常不正规。因此，这些协定有必要载入灵活程度的必要条件，以便采用不同办法，同时又不会妨碍利用协调和信息共享的目标。

19. 尽管出现这种协调趋势（特别是在双边和区域两级），但这往往是在经合组织成员国之间进行的，发达国家和发展中国家，甚至是发展中国家之间的竞争主管当局订立的双边协定数量较少。需要取得更大的进展，以明确这种模式背后的原因，并实现更广泛的协调性和一致性，以便国内政策对管辖区以外地区的竞争会产生影响的观念牢牢扎根于所有的竞争法和竞争政策体制之内。

二. 执行现行法律和政策

A. 维持现状

20. 在衰退时期，放宽竞争政策、采取保护主义政策、国家援助有困难的公司和较为宽松地执行竞争法的呼声愈发强烈。尽管竞争主管当局普遍认为衰退时期不应放宽竞争政策及兼并管制，但许多政府仍屈服于这些呼吁，这主要是与银行和金融部门有关，但不仅限于此。

21. 放宽兼并管制执行以有利于国家干预银行及金融部门的呼吁理解起来并不难。银行和金融部门的特殊性使得其比其他市场更易遇到体系性风险。银行及其他金融业务机构严重依赖其客户的信心，因为它们需要获得信任，以便发放贷款额超出其吸纳的存款。此外，金融市场的从业机构相互依存程度很高。因此，银行业不像其他部门，一家银行倒闭会毁掉整个银行和金融系统的信心，并有可能导致该系统崩溃。因此，政府为防止金融机构破产而进行干预合情合理，不然替代方案（即等待市场自我纠正，并有可能使得多家金融机构倒闭）的成本可能太高。国家干预也有助于平息日益加剧的社会动乱，缓解经营信心的削弱。另外，

放宽执行兼并管制是呈给各国政府的“廉价修复”，因为这样做就不必再从公共预算中支出资金。

22. 尽管有这些显而易见的好处，但应当注意长期影响。在正常经济环境下，竞争性市场为消费者和高效型企业谋福利。在经济繁荣时期，市场得以扩张，有大量企业进入新市场。效率高的企业得益于良好的投资并获取利润。在经济衰退时期，企业收缩，退出市场，以适应客户支出减少。产品缺少吸引力或成本最高的低效企业退出市场，为经济回暖时效率更高的企业进行扩张以及新企业进入市场腾出空间。就这样循环往复，企业退出市场就像它们进入市场一样，都是市场机制不可或缺的组成部分。竞争法和竞争政策防止人为操纵这种模式，即企业共谋避开市场影响并通过规定价格、排挤效率高的对手、与主要竞争者兼并或接受歧视性政府补贴或保护来取得市场支配力。

23. 由于短期经济困难削弱了这些法律和政策，破坏了市场机制，导致不利的中长期后果。长此以往，价格普遍上涨，投入成本下降，鼓励创新的措施减少，导致消费者处于不利地位，产品质量受损。过度使用干预政策也可能使受惠公司的鲁莽行为得逞，如银行，凭借其规模和重要性似乎就能免受谴责。帮助银行度过难关的根本理由是，它们“规模过于庞大，而不能关张倒闭”，这个问题在近期衰退期间引起公众广泛关注。尽管股东和行业管理者等参与者从放宽竞争政策和兼并管制规则中获益，但成本最终由消费者以及未参加此类活动的高效率、有竞争力的公司承担。

24. 为实施国家干预和产业政策而采取将竞争政策和兼并管制规则搁置一旁的办法导致产生另一项真正的威胁，即政府干预可能根本无法奏效。监管者经常犯错，尽管出于良好的愿望，但他们可能会无功而返。人们仅需研究以往经济衰退和金融危机期间所制定的产业监管政策的不良影响，就会找出任意影响反竞争的产业政策不会带来经济复苏的证据。⁶就银行和金融部门的有限特例而言，人们必须考虑这些部门的特殊性导致其格外脆弱。但放宽竞争政策和兼并管制执行通常是实现经济复苏的一种无效手段，达不到预期目标，事实上还可能减缓经济复苏进程。

25. 在衰退期间，世界各地的竞争主管当局普遍同意，只要有可能就不应当削弱竞争政策，放宽兼并管制。欧盟、美国、联合王国、中国、北欧国家及其他各国的主管机构煞费苦心地重申经济困难时期遵守竞争政策的重要性，强调现行制度十分完善，足以应对衰退期间涌现出来的具体竞争挑战。尽管如此，经济危机对实际竞争执行工作的影响不容忽视。坚持务实态度，令竞争主管当局十分为难，因为在经济危机这种异乎寻常的情况下，既要评估兼并交易，又要确保不对

⁶ 在 1907 年美国金融恐慌及随后 1930 年代的衰退期间，各管辖区采取的对策有相似之处，往往是推翻竞争法，批准潜在违反竞争的兼并。人们广泛认为这些做法导致经济复苏减速。

竞争造成不利影响。它们在不同程度上取得成功。现在讨论为应对与兼并管制相关的危机所做的一些努力。

B. 程序性变化

26. Neelie Kroes 女士（前欧盟委员会反垄断专员）多次强烈表示，有必要将竞争视为危机解决方案的一部分，指出持续存在的“执行不严”问题对经济没有任何好处。关于兼并管制，Kroes 专员发誓要继续采用现行规则，同时充分考虑到经济环境。其继任者 Joaquin Almunia 先生不久前重申支持这种做法，强调需要在经济危机时期大力开展竞争。同样，美国司法部长助理 Christine Varney 女士指出，严格执行反垄断法是实现经济稳定的重要组成部分。

27. “充分考虑经济环境”被表述成现行程序性做法至少在两方面受到减损，可以说导致放宽与兼并管制有关的竞争法和竞争政策。

1. 停顿期的减损

28. 许多兼并管制制度规定了法定等待期或“停顿”期，防止竞争主管当局在给予许可之前兼并公司。主管机构在免除停顿义务的意愿方面表现出更大的灵活性，允许立即执行交易，或在竞争主管当局许可之前允许一方向另一方提供援助。竞争主管当局采取的办法是，缩短办理兼并的延迟时间，其中涉及资金困难各方并且一方因财政维持能力迅速降低而处在关键期。竞争主管当局通过这种做法力图解决确保金融稳定期间政策目标的重叠问题。欧盟委员会的立场是，在不出现明显的竞争问题时准予这种减损，然而，甚至在竞争问题凸显、需要撤资的复杂情况下也采取了这种做法。⁷其他主管机构在采用这种做法方面也更加灵活。例如比利时主管机构在比利时政府通过比利时联邦参与和投资公司收购富通银行股份期间准予第一例停顿时期减损。

2. 缩短审查期限

29. 一些主管机构努力大幅缩短衰退时期的审查期限，特别是为了有利于资金困难的公司。在这方面，欧盟委员会又走在前列，在某些情况下进行复杂的分析并做出早于法定期限 10 个工作日的决定。在美国，《哈特-斯科特-罗迪诺反托拉斯改进法》的规定用来在没有明显出现反托拉斯问题时批准提前终止等待期。在与司法部和美国联邦储备委员会等金融业监管机构密切合作下，这些规定允许迅速审查并许可众多存在潜在问题的合并，如富国银行/美联银行、JP 摩根大通/华盛顿互助银行、三菱日联银行/摩根士丹利公司。中国商务部也采取这种办法，以紧急财政需要为理由，加快菲亚特/克莱斯勒汽车公司的兼并进程。

⁷ 以法国巴黎银行和富通银行兼并案为例，委员会在批准交易之前允许法国巴黎银行监督富通银行在比利时交易大厅的活动，并且也不反对法国巴黎银行为防止兼并对象倒闭注入大量资本。

30. 虽然经济困难时期需要竞争主管当局日益关注政策目标，如稳定的重叠问题，但是，竞争的有效执行要求主管机构保持一致，坚守它们的主张，即应在经济周期的所有阶段保留竞争法和竞争政策的实质内容。提高程序方面的灵活性，可以消除兼并审查的程序性障碍，更好地适应旨在加速恢复经济稳定的交易。然而，当务之急是这些变化不影响对竞争损害的实质性分析。再者，加强全球竞争主管当局之间的合作将有助于建立标准，提高对国家竞争主管当局和各国政府行动的问责。

C. 实质性变化

31. 总体上，少数管辖区为应对全球衰退对其兼并管制制度做出实质性改变，它们基本上相信，现行框架足以解决这场危机引发的问题。事实上，某些管辖区将这次衰退作为巩固其竞争主管当局和政策的能力及资源的机遇。以墨西哥为例，目前该国计划着手改革竞争制度，以增加竞争主管当局的法定权力和执行工具，并且改善经济领域的整体竞争环境。

32. 然而，这场危机突显出世界各国在立法框架上的一些分歧，特别是与如下方面有关的分歧：

- (a) 破产公司抗辩；
- (b) 兼并通知要求；
- (c) 公共利益优先（包括银行和金融部门的实例）；以及
- (d) 补救措施

1. 破产公司抗辩

33. 破产公司抗辩通常以不兼并则兼并一方及其资产将退出市场为由，准许从其他方面被视为反竞争的兼并。因此，从兼并对相关市场的影响来看，将它作为“较轻的危害”是有道理的。世界上的多数管辖区在其竞争框架内做出这种规定，但在全球出现长期衰退之前，要求有资格做出这种抗辩的情况很少出现。

34. 按照衰退期间竞争政策的作用的流行说法，世界各地的竞争主管当局、政府和学术界直言不讳地表达了他们的观点，即不得利用破产公司抗辩允许在衰退期间通过所有反竞争的兼并。尽管如此，某些主管机构考虑到当时的经济困境，接受单个破产公司抗辩。例如，联合王国公平贸易办公室在联合王国两家商业街知名零售商 HMV 和 Zavvi 兼并案中接受破产公司抗辩，理由是兼并不可避免，否则 15 家 Zavvi 商店就会退出市场，而且兼并不会危害相关市场。同样地，新西兰竞争委员会接受破产公司抗辩，并首次颁布关于适用该理论的准则。⁸

⁸ 见 <http://www.comcom.govt.nz/media-releases/detail/2009/commercecommissiongrantsclearancet>。

35. 在某些管辖区，经济衰退使得缺少破产公司抗辩所引发的问题暴露出来。墨西哥竞争管制机构没有制定破产公司抗辩规定，但自衰退以来一直有人要求修改竞争法，以列入破产公司抗辩，从而解决当前在评估资金困难公司兼并案时有模棱两可的地方，这方面的问题有可能导致酌处权不透明。

36. 尽管在经济危机期间符合破产公司抗辩标准的兼并案数量必然会上升，但主管机构需要确保它们符合破产公司抗辩的基本目的，不得用以服务于对竞争不利的更广泛目标。使用破产公司抗辩的情况极少，因此成为开展国际合作的理想主题。

2. 兼并通知要求

37. 兼并通知要求在全球竞争法制度中各不相同。不同之处分为两大类：一类是兼并交易结束之前发出通知的规定（“强制性预先通知制度”），另一类是让兼并各方掌握酌处权，或允许它们在兼并结束之后通知主管机构（“自愿制度”和“兼并后制度”）。

38. 在许多执行自愿制度的管辖区（特别是资质更老、更加成熟的管辖区），企业进行兼并时实际上会征求主管机构某种形式的正式或非正式许可。然而在衰退时期，市场整合面临的压力加大，显然强制性预先通知制度将提高竞争主管当局的能力，以分析特定的兼并可能对竞争可能产生的影响。另一方面，自愿和兼并后制度使得执行工作更加复杂，并增加在未经质询便完成反竞争兼并的风险。这就是说，应当指出强制性预先通知制度有可能增加通知各方和竞争主管当局的负担。因此，采用的办法应考虑特定主管机构面临的任何资源限制问题。

3. 公共利益优先

39. 如上所述，在经济衰退时期，兼并审查有时出现竞争政策目标重叠问题。这时，非竞争目标，如稳定常常影响兼并许可决定。必须从稳定中获取短期收益与维持竞争市场并取得长远利益之间保持平衡。公共利益优先载入一些管辖区的法律框架，允许政府忽视兼并规则，以此服务于更为迫切的公共利益目标。在经济衰退期间，各管辖区对公共利益优先的使用各不相同。有些管辖区——包括欧盟、美国、中国和日本——选择不优先于兼并规则，⁹而另一些管辖区——如联合王国、意大利和巴西——在个别案例中采用公共利益特例。

40. 联合王国的劳埃德/苏格兰哈里法克斯银行兼并案是应对近期经济低迷时期使用公共利益优先的最突出的实例之一。公平贸易办公室的分析结论是，劳埃德TSB银行收购苏格兰哈里法克斯银行（该国最大的抵押贷款银行）可能会在某些方面大幅降低银行市场的竞争程度。尽管如此，联合王国政府给予其自身兼并管制方面新的竞争权力，推出一项新的公共利益干预措施，允许联合王国商业、企业和制度改革部国务大臣干预兼并审查过程，并防止请示联合王国竞争委员会。

⁹ 日本和中国当局没有对公共利益优先做出明确规定。

“新的公共利益得到保护”的说法，是指“联合王国金融体系的稳定”，其中决定金融体系的稳定凌驾于公平贸易办公室提出的兼并可能是反竞争行为的关切。

41. 毫无疑问，国务大臣听从联合王国财政部、英格兰银行和金融服务管理局的建议行事，实施的干预措施完全透明并遵守法律。然而，有人担心兼并可能会长期降低联合王国早已高度垄断的金融市场的竞争程度，所以，国务大臣的这一举动招致许多批评。另外，许多人质疑干预举动的必要性，因为兼并之后会对金融部门采取大量的刺激措施，而有些人表示兼并已经足以使苏格兰哈里法克斯银行避免倒闭。

42. 巴西的竞争管理机构，保护经济管理局在银行业兼并过程中宣传强调竞争分析的必要性时遇到类似困难。巴西中央银行长期持有管辖权，不受该行业监管的约束，并且同样以金融系统稳定对公共有利为由，宣称对银行兼并有控制权。尽管近期保护经济管理局和中央银行加强合作，保护经济管理局越来越多地参与兼并管制过程，但中央银行在兼并可行性方面仍是主要的决策者。

43. 然而，金融部门的特殊性不能成为意大利政府推行临时立法、批准意大利航空公司/第一航空公司（Alitalia/AirOne）兼并的理由。意大利政府颁布法令，阻止意大利反托拉斯机构妨碍这两家航空运输公司兼并，还禁止它妨碍危机时期大型公司的兼并或强制实行结构性补救措施，其中包括意大利私营企业财团意大利航空公司 SPA 集团（CIA）收购意大利航空公司的运营资产并取得第一航空公司的唯一控制权。

44. 公共利益优先对竞争主管当局形成最严峻的挑战。主管机构需要增加宣传和游说活动，防止这类政策在广泛的领域得以执行。只有时间才能说明这些优先规定将对竞争产生的全面影响，但无论如何，若要有效执行竞争法，这些规定应作为特例而非规则。

4. 补救措施

45. 在经济困难时期，撤资等结构性补救措施不易执行，比如市场上潜在收购者的数量减少。如果不能以正规方式施加结构性承诺，可考虑若干其他备选方案。主管机构可完全禁止交易，或要求兼并各方在兼并结束以前确认一个买家。另一种方案是准予延长撤资期限。如果这些补救措施真能解决竞争问题，主管机构还可以施加行为性承诺。最后一种方案是主管机构不限定条件就批准交易。

46. 是否从这些方案中选取一种还是合用几种方案，已经根据个案情况做出区别对待。在这样的经济困难环境下，竞争的有效执行需要竞争主管当局采取具有灵活性、创新性的想法。主管机构还必须竭尽全力，在获得许可的过程中不因察觉到的或实际困难而促成没有危害或具有经济效益的兼并。

D. 退出战略

47. 难以预测上文讨论的折衷方案的真正影响。但极其重要的是，在进一步放宽执行竞争法的情况下批准的各项兼并应包括经过深思熟虑的退出战略，以应对竞争受到潜在扭曲问题。各管辖区在危机时期采取的有利于竞争的退出战略区别显著。而且，主管机构之间加大对话和合作，有助于进一步简化做法，避免国际上对竞争造成潜在扭曲。

48. 经合组织拟议的若干有利于竞争的政策和退出战略可降低金融部门受国家支持的所谓的“超级兼并”造成的扭曲影响。这些方面包括在国内兼并对加大市场权力形成威胁的时候鼓励国际银行接管国内银行。另外，经合组织建议，通过促进新的准入措施，如减少准入时的监管障碍及限制转接业务成本，可以缓解已经结束的反竞争兼并对市场的影响。

三. 竞争倡导

A. 需要加强作用

49. 竞争倡导已被定义成“竞争主管当局为经济活动所开展的与促进竞争环境有关的活动。方式包括非执行机制，主要通过其与其他政府实体的关系，以及提高公众对竞争好处的认识。”在竞争主管当局组建阶段，竞争倡导主要用以向利益攸关方宣传现行法律和政策及其相关义务和权利。久而久之，竞争倡导的作用发生了变化，转而向政府普遍宣传私营化、行业管制和其他政策领域的竞争议题。在经济困难时期，竞争倡导的作用必须加以改变，并进一步取得发展。

50. 如上所述，兼并往往是旨在实现金融稳定的更广泛的管制和产业政策的组成部分。这次衰退提供了政府实施干预并潜在造成反竞争的实例，如未经竞争分析就安排兼并，或向公司注入财政刺激。¹⁰可以说银行部门监管差强人意是导致这场全球危机的主要因素。监管不像竞争市场那样具有相对的客观性，为了取得成效，不能总是信任或依赖监管。在衰退时期这方面的问题加剧，监管往往起到反作用，并受政治影响。因此，必要的是在开始阶段就全面评估此类政策对竞争的影响，只有这样，其他政策目标的实现才不会以竞争为代价。若要有效执行竞争法和竞争政策，竞争倡导必须脱离简单应对兼并申请和适用竞争法的樊篱，必须倡导增加参与制定产业决策的论坛。

B. 有利于竞争的产业战略

51. 这就是说，产业政策不应被视为糟糕的或无用的做法，特别是在经济困难时期。如今已经度过衰退期，并且人们广泛认可，尽管成功程度不一，但政府干预和一揽子刺激计划的确阻止陷入更严重的低迷期，有利于恢复和保持当前金融

¹⁰ 例如，美国政府未就汽车产业拯救计划咨询联邦贸易委员会。

市场的相对稳定性。因此，最好的做法是在竞争法和竞争政策与产业政策之间找到折衷方案，而不是关注它们之间的潜在冲突。

52. David Lewis 建议竞争主管当局明确“有利于竞争的产业战略”的要素，与此同时倡导“反对极有可能导致市场严重扭曲的那些产业战略要素。”这种做法似乎是最合理、灵活的方法，凭借这种方法在保持稳定的各项目标之间取得平衡，同时不在维持市场增长和竞争的长期目标上妥协。

C. 独立

53. 这些目标应以不在竞争主管当局独立程度上做出妥协的方式实现。竞争主管当局和其他行业监管者保持独立，降低了政治化招致的潜在偏见及其他潜在的利益冲突。重要的是，竞争主管当局是强有力的机构，不依赖现任政府而能够从政治制度的变迁中幸免。这种独立性对于充分利用竞争主管当局之间的合作优势必不可少，原因是独立性激励各方对机构的裁决更有信心、更加信任。尽管如此，既要保持独立性，也要认识到特别是在大背景下执行竞争政策和兼并管制时，竞争主管当局需要与政府机构协调与合作。应当保持这两个方面的平衡。

D. 扩大竞争倡导作用的实际步骤

54. 全球竞争制度为竞争主管当局干预产业政策发展提供各种机遇。尽管一些制度允许主管机构就任何主题发表临时意见，但其他制度明确要求，当管制将对竞争造成潜在不利影响时咨询竞争主管当局。¹¹一些其他制度则进一步要求，授予竞争主管当局的成员部长级地位，并给予他们密切参与制订产业政策的权力。¹²

55. 在法律没有强制要求政府就援助计划和拟议兼并咨询竞争主管当局的情况下，更加迫切需要竞争主管当局发挥积极主动的作用，尽力进行干预，以便向政府机构和广大公众提供有关竞争影响的见解和观点。竞争制度之间加大协调，更广泛地推广这些措施，将促进世界各地的竞争执行工作。

56. 在考虑采取增强竞争倡导作用的步骤时，首先应当指出，此类行动不得仅限于经济危机时期，而应置于经济周期的各个阶段并且加以应用，从而为制度纳入足够的灵活性，以对抗经济困难时期。联合王国竞争委员会为应对经济低迷期提出若干针对危机的竞争倡导战略。这些建议除其他外，首先包括主管机构需要了解它们在危机时期的立场和执行办法，为竞争在经济周期各个阶段的稳健应用做宣传，同时认识到经济形势对资源和反事实分析产生的实际影响。

¹¹ 西班牙安达卢西亚自治区政府就是这方面的一个实例。

¹² 大韩民国的情况就是如此，其竞争主管当局的负责人是部长，参与部长会议内部的法定案文或法律草案的讨论。

57. 第二，竞争倡导应作为优先事项，阻止对竞争政策的影响提出毫无根据的关切，例如竞争政策不利于复苏和稳定的观点。通过促进正在进行的辩论以及尽可能就具体问题出版刊物，可以实现这一目的。第三，如上文所述，向其他监管机构提供大量的支持和指导，确保提早强调意料之外的竞争后果和成本。第四，提供其他指导并澄清与具体事项有关的政策，有助于证明竞争政策可以帮助解决危机。此类指导应强调有可能出现的具体挑战并对此提出应对办法。

58. 除这些非常有用的建议以外，必须增加上文强调的一些要点，包括提倡为潜在的反竞争兼并制定退出战略，将此作为更广泛的产业战略。为应对这场危机，竞争主管当局应当竭尽全力，对有关金融部门的管制框架施加影响，以减少给予银行的特惠待遇，并防止再次出现这一轮所目睹的以“规模过于庞大，不能关张倒闭”为理由的拯救计划。竞争倡导还应包括审查现行产业政策和竞争政策，从过去的经验中汲取经验。最后，倡导应包括通过在国际论坛上同行审议竞争法和竞争政策，使竞争主管当局参与对话，交流最佳和相关做法。

四. 结论

59. 全球经济更加开放和相互依赖，有效执行工作需要更加广泛的全球合作背景下适用竞争法和竞争政策。自由市场经济的优势在于所有国家都从进一步进入全球市场中获益。这促进国内市场的活力、增长和经济发展。因此，所有或多数国家出台竞争法和竞争政策制度，具备有效执行它们的必要专业知识、资源和法律基础结构，符合所有国家的长期利益。

60. 如果全球竞争政策及其执行保持高度一致，最终每个人都会从中获益，并且竞争理论的合法性也会得到增强。因此，世界各地的竞争主管当局在执行上的合作不是追求个人利益，而是将功能健全的市场的利益最大化，为所有人创造财富。协调是全球标准和合法性实现此类积累的核心。另外，缺少全球合作和标准执行不统一，会更加突显这种反对意见，即有效的竞争不是经济增长和发展的工具。

61. 全球面临税收欺诈、腐败和恐怖主义，可以感到国家反竞争政策的影响超越了国界。因此，竞争法和竞争政策的有效执行需要国家主管机构有意付出努力，以审查其相关竞争行为产生的更广泛的全球影响。只有全球各地的竞争机构大力推进竞争倡导的改善工作，才能够实现这些目标。竞争审查必须深入政府监管框架的每个角落，目的是对这种行为进行限制，即为了成全相互矛盾的政策目标而限制竞争政策的影响。

62. 这些措施需要额外的、有意识的努力，不仅要坚持现有执行标准，还要进行必要的完善，并且符合全球标准。就是说，经济困难时期切实可行的执行办法必需考虑到危机时期独特的经济特征。

供讨论的问题

- (a) 兼并管制制度是否应考虑国内兼并对其他国家竞争所产生的跨国影响？
 - (b) 如何鼓励发展中国家和发达国家的竞争主管当局进行协调？
 - (c) 我们怎样在应用破产公司抗辩上实现更广泛的全球合作？
 - (d) 如何建设能够经受住现任政府影响的强大的竞争主管当局？
 - (e) 竞争主管当局如何进一步参与制定政府决策的更广泛的论坛并避免管制失灵？
-