

Airtours/First Choice: 欧洲初审法院对欧盟委员会作出约束

1. 这是欧盟委员会有史以来首次以三个公司共同存在集体支配地位为由禁止合并。在此之前，该委员会的集体支配地位案件只牵涉两家龙头企业。若要查看有关 Airtours 判决方面的详细评论，以及相关经济理论的讨论，请参阅“The economic analysis of joint dominance under the EC Merger Regulation”，*Euoprean Business Organization Law Review* 第 1 卷，第 539-560 页，由 A. Lofaro 及 D. Ridyard 于 2000 年撰写。

2002 年 6 月 6 日，欧洲初审法院（下称初审法院）发表了关于 Airtours/First Choice 合并一案的判决，并史无前例地推翻了欧盟委员会（下称委员会）禁止该合并的决定。1999 年 9 月，委员会阻止了 Airtours 收购 First Choice 的提案。他们的理据是，假若该合并被许可通过，英国三大短途包价旅游供应商将拥有集体支配地位。¹委员会的决定于 2000 年初被上诉至初审法院。

初审法院对委员会的分析提出异议

初审法院在判决中，基于以下三个条件来推断该合并是否可能导致大型旅游运营商获得集体支配市场，详列如下：首先，组成被指称为寡头垄断集团的每个运营商成员，必须有能力观察其他成员的行为，并达成暗中合谋。其次，假若任何成员的行为偏离垄断集团的协议或默契，其他成员必须有能力采用可行的报复措施予以阻吓。第三，在垄断集团以外，不应有其他外部因素扰乱市场领导者的协议，这些竞争限制包括强势客户、规模较小的竞争对手或来自市场新进者的威胁等。初审法院的判决以上述三个条件作为基础，对委员会的决定逐一检验，并在其每个领域都发现漏洞。

第一条异议：委员会错误断定包价旅游公司有暗中合谋的条件。

委员会称，由于包价旅游产品高度异化，所以集体支配不能以协调定价的方式出现。但旅游运营商仍然可以共同限制它们的产能。然而，初审法院认为该合谋机制虽然在理论上可行，但是却与现实不符，故予以否定。初审法院指出，旅游运营商的产能和产品价格同样异化，所以即使他们能够协议限制产能，协议的内容也得包括一系列复杂的变数。此外，由于有关产能的决策必须在销售期前提早约 18 个月做出，这将进一步降低达成协调行为的可能性。

第二条异议：委员会提出的报复性措施并不快捷有效，不足以构成威慑。

委员会辩称，由于市场对偏离协议者的惩罚具有威慑作用，因此可以维持暗中合谋的行为。具体来说，假如三大旅游运营商的其中一家偏离默契或协议，其他运营商可以在下季提高产能，并向市场大量供应旅游产品，藉以压低市价，惩罚偏离者。可是，正如一些评论者指出，委员会急于断言旅游运营商有合谋的“诱因”，却没有阐明把该诱因转为反竞争行为的具体机制，亦没有考虑到他们也有偏离默契的诱因。初审法院特别关注缺乏协调机制这一漏洞，并指出，由于市场需求每年都变化难测，加上运营商需较长时间来准备增加产能，所以根本不能肯定这种惩罚方式到下一季度时是否仍然合适和有效。由此可见，委员会所提出的惩罚方式难以令人采信，也无法对偏离协议的公司起到阻遏作用。

第三条异议：委员会低估了寡头垄断集团的外部因素的重要性。这些外部因素，尤其是小型旅游运营商和市场新进入者的威胁，足以制衡和扰乱合谋的行为。

委员会辩称，外部因素不足以阻止合并后的主要旅游运营商集体支配市场。他们认为，由于在过去几年，包价旅游运营商日益加强垂直整合（即上游至包机航线，下游至零售分销），因此，规模较小的旅游运营商将无法有效地跟大型运营商进行竞争。初审法院将该论点驳回，并指出即使两大运营商合并，小型旅游运营商仍然有足够的其他航班机位来源，亦有可用的零售分销渠道。初审法庭更认为，即使流动壁垒令小型运营商无法在规模上挑战主要运营商，但是他们仍可合力制衡垄断集团，阻止其限制供应的企图。

2. 例如, MMC 于 1989 年对 Thomson 和 Horizon Cook 合并的调查报告表明 Airtours 的市场份额只有 3%, 而 Thomas Cook (垄断集团在 1999 年加入的另一成员) 的市场份额为 2%。

3. 欧盟委员会识别的合谋机制就是经济学家所称的半共谋。例如, 请参阅《Internatioanal Journal of Industrial Organsiation》第 12 期第 141-154 页的“Disadvantageous Semicollusion”(由 Fershtman 及 Gandal 于 1994 年撰写)。

4. 第 294 段。

对合并前市场竞争的评估及其相关性

初审法院提出的三个条件, 为评估协同效应竞争关注制定了一个有效的分析框架。此外, 监管机构还得确认一些所调查的合并能够改变经营者的竞争行为、并会导致或强化合谋, 从而严重削弱竞争的因素, 才能以集体支配地位的理由来阻止一项合并。可幸初审法庭在判决的第 82 段亦对此予以认可, 其内容如下:

“如果合并前与合并后的竞争状况没有重大变化, 那么该合并便不会限制竞争, 所以应该被批准。”

不过, 初审法庭在阐明这一关键条件后, 对委员会所作的合并前竞争评估的评论、以及对相关分析的指导因素的陈述, 均较难令人信服。

一项合并必须缓和市场中的激烈竞争, 才会导致集体支配地位的产生或加剧。因此, 我们不能单靠合并前市场的竞争情况来下任何结论。换句话说, 合并前的竞争越激烈, 合并要为市场所带来的变化必须越大, 集体支配的结论才能成立。

1997 年 12 月, 前英国垄断及合并委员会 (MMC) 在了一项调查中指出: 包价旅游行业的竞争激烈, 而且没有任何进入或扩展障碍。这个结论是欧盟委员会在本案中要面对的一大难题。MMC 的定案和 Airtours/First Choice 合并计划二者相差仅仅两年, 除非在此期间市场上的环境已发生巨变, 否则该合并必须对竞争带来额外的不利影响, 才会形成集体支配地位。

委员会亦尝试辩解, 指出由于市场已经变化, 因此业内过往的竞争情况并不能作为推测将来的标准。²委员会引用了垂直整合日益频繁的现象、市场份额的稳定性, 及市场大型和小型运营商的分化 (包括已垂直整合的四强, 即合并后的三强, 和数以百计未经整合的小企业, 而二者之间并没有中型的企业), 以支持他们的论点。

初审法院对委员会在相关论点上的推理作了强烈的批评。然而其批评不单稍显过头, 亦忽略了合并前的竞争情况和评估集体支配地位的关联性。譬如说, 初审法院声称垂直整合行为能减少大型旅游运营商之间的相互依赖, 故有利于促进市场竞争。然而, 委员会认为垂直整合已经提高了扩大经营的门槛, 令只有经过整合的大型旅游运营商才能在全新市场环境里有争夺领导地位的机会; 而小型运营商则不能以快速增长来抗衡他们。委员会的立场与初审法院的观点并无矛盾。

同样道理, 关于市场两极分化的现象, 初审法院认为合并形成的流动性障碍, 并不妨碍小型旅游运营商共同制衡大型旅游运营商。这个观点或许合理, 亦有一定的事实根据, 但却与市场一向的运作模式不相符。按过往经验, 像 Airtours 般从零开始快速增长的旅游运营商才是对行业领导者最直接最实在的威胁。因此委员会以此来推行其“合并对竞争带来改变”这一立场, 亦不无道理。

初审法院针对合并前的情况及其相关性的过激批评, 可能会混淆今后案件的处理, 但这并无削弱其判决的有效性。相反, 初审法院果断否决了委员会认为合并后运营商可能达成共谋这一结论, 其理据充分, 皆因委员会完全误解了市场需求的波动, 也未提出具体的实现共谋机制, 更忽略了在市场边缘的小型运营商等其他外部约束因素。综合这些因素, 我们足以明确排除运营商在此合并后合谋的可能性。

此案对其他集体支配案件有何影响?

Airtours/First Choice 一案的判决对于分析今后集体支配地位案件, 至关重要, 这有两大原因。

首先, 委员会认为旅游运营商能够合谋协议产能, 然后在价格上正常竞争。虽然这种形式的合谋机制有点创新, 但是初审法院并没有预先否定。恰恰相反, 初审法院默认这种暗中合谋方式是可行的, 并有其理论基础, 可用某些经济模型来理解。初审法院亦肯定《合并条例》适用于和集体支

配相关的问题上。³ 而委员会之所以败诉，非因其理论有误，乃因其对事实证据的疏漏。故此，初审法院最终判定委员会在本案的经济分析不够充分，并因多重评估上的谬误而站不住脚。⁴

其次，法院的判决对今后评估集体支配地位的问题订立了一个清晰的分析框架。这将使我们在判断合并案会否形成集体支配地位的过程中，更能集中处理基于经济理论的关键问题。初审法院提出的三个条件（即评估市场透明度、可行的报复方式，以及外部约束条件），比委员会以前惯用的清单核对模式更为完善。这是因为委员会的模式只有在满足或违反清单上所有测试的行业上才可应用无误，但这情况十分罕见。大多数行业都只能满足一些条件，却不能达到其他要求。至于哪些条件比较重要，哪些比较次要，委员会则有很大的酌情权。与之相比，根据初审法院建议的三步框架，只要其中任何一步与现实不符，我们便能明确排除在合并后暗中合谋的可能性。这框架应该会令复杂的分析显得较为清晰。

初审法院提出的框架，亦适用于集体支配地位和单一支配地位分析的比较。该三步程序中的首两步（即市场透明度以及报复方式）只要求被指称的寡头垄断集团能够如单一实体般在市场上运作。而第三步则要求寡头垄断集团必须共同享有集体支配地位，可以在免受外部因素的约束下把目前的价格提高。当中的分析，包括对市场进入难易度的评估、小型竞争对手抗衡涨价的能力、以及大手买家的议价能力等，和评估单一企业支配地位引起的单边效应相类似。

此案有什么更广泛的影响？

初审法院的判决能否、或如何完善委员会对今后类似合并案的分析，目前还言之尚早。然而，初审法院透过这项判决，已正式警惕了委员会，要求他们更谨慎地以事实证明其竞争损害理据。否则，若案件当事方向初审法院提出上诉，初审法院将严格审视委员会的分析。值得一提的是，这项判决不单显示了初审法院有能力全盘考虑经济证据及相关细节，亦可见他们在谴责委员会在分析上的重大错失时，不留余地，这是令人欣喜的。比起像英国竞争委员会仅仅对合并决定作司法复审，初审法院的这种处理方法更为可靠。

可是，单以此案，我们还未能确定委员会是否已受有效的上诉机制的约束。初审法院的判断对 *Airtours* 而言，仅仅意味着象征性胜利。可是实际上 *Airtours* 已错过了收购 *First Choice* 的商机。初审法院审理上诉案件需时仍长，除非这一问题得到改善，否则上诉机制将仍欠实效。初审法院充其量只能推翻委员会的决定，让其尴尬，间接令他们以后作判决时更加谨慎。若初审法院能加快审批程序，固然可取，但这并不能从根本上解决问题。

初审法院对委员会对 *Airtours/First Choice* 一案的分析已提出了明显不满，而他们将如何审理现仍在上诉中、而备受各方批评的 *GE/Honeywell*、*Schneider/Legrand* 以及 *TetraLaval/Sidel* 合并案，将让我们拭目以待。*Airtours/First Choice* 一案至关最重要的影响，在于委员会在处理今后的合并案时，将如何作出更加缜密的经济分析。

