

论我国反垄断法的缺陷及完善 ——以可口可乐并购汇源案为例

张 剑 虹

(华北科技学院 文法系,北京市 101601)

[摘 要] 可口可乐并购汇源受到商务部审查并被否决,此案是我国《反垄断法》实施以来第一个经营者集中被否决的案件,具有示范性意义。该案反映了我国《反垄断法》的实施,见证了我国《反垄断法》的发展与反垄断法理论的丰富,并暴露出我国《反垄断法》存在的问题,具有不确定性,因此反垄断法的实施细则等一系列配套法规亟待出台。

[关键词] 可口可乐并购汇源; 反垄断法; 经营者集中

[中图分类号] D922.29 **[文献标识码]** A **[文章编号]** 1673-0755(2010)05-0069-03

一 可口可乐并购汇源案件概况

(一)商务部反垄断审查

2008年9月初可口可乐与汇源果汁联合发布公告称,可口可乐旗下全资子公司将以总价179.2亿港元现金收购中国汇源果汁集团有限公司。该并购案是目前涉及外资并购金额最大、影响最大的案件,也是我国《反垄断法》自2008年8月1日实施以来第一个未通过反垄断审查的案例,引起了国内外的高度关注。由于该并购行为达到并超过了《国务院关于经营者集中申报标准的规定》的申报标准,因此必须接受相关审查,作为负责审查的部门,商务部根据《反垄断法》第27条的规定,从六个方面对该并购案涉及的经营者集中问题进行了全面审查: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;相关市场的市场集中度;经营者集中对市场进入、技术进步的影响;经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响;经营者集中对国民经济发展的影响;汇源品牌对果汁饮料市场竞争产生的影响。

经过审查,商务部确认该集中将产生以下不利影响:

1.集中完成后,可口可乐公司有能力将其在碳酸饮料市场上的支配地位传导到果汁饮料市场,对现有果汁饮料企业产生排除、限制竞争效果,进而损害饮料消费者的合法权益。

2.品牌是影响饮料市场有效竞争的关键因素,集中完成后,可口可乐公司通过控制“美汁源”和“汇源”两个知名果汁品牌,对果汁市场控制力将明显增强,加之其在碳酸饮料市场已有的支配地位以及相应的传导效应,集中将使潜在竞争对手进入果汁饮料市场的障碍明显提高。

3.集中挤压了国内中小型果汁企业生存空间,抑制了国内企业在果汁饮料市场参与竞争和自主创新的能力,给中国

果汁饮料市场有效竞争格局造成不良影响,不利于中国果汁行业的持续健康发展。

最后得出的结果是,根据《反垄断法》第28条和第29条,商务部认为,此项经营者集中具有排除、限制竞争效果,将对我国果汁饮料市场有效竞争和果汁产业健康发展产生不利影响。鉴于参与集中的经营者没有提供充足的证据证明集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响或者符合社会公共利益,在规定的时间内,可口可乐公司也没有提出可行的减少不利影响的解决方案,因此,决定禁止此项经营者集中^[1]。

(二)商务部反垄断审查的意义

其一,有利于保护市场公平竞争,维护消费者利益和社会公共利益。不少学者认为这个裁决不仅能够惠及中小饮料企业,更能惠及消费者。我国《反垄断法》的立法目的就在于保护市场公平竞争,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展。

其二,有利于我国《反垄断法》的健康发展,丰富了我国反垄断法的理论。该并购案的审查是运用了我国《反垄断法》中的实体规则和程序规则,经过详尽评估而做出的,并且该审查主要从社会公共利益出发,而不再是更多地关注个体利益,这有利于刚实施不久的《反垄断法》的发展,同时也丰富了我国反垄断法的理论。

二 我国反垄断法的发展历程

我国的反垄断法起步较晚,在计划经济时代,国家的垄断力是被推崇的。改革开放后,市场因素越来越被强调,新的市场机制不断发挥着作用,过去的一些旧的、高度集中的经济体制和大型的垄断逐渐地不利于经济的发展,而国家在

[收稿日期] 2010-09-04

[作者简介] 张剑虹(1979-),女,山东临沂人,华北科技学院文法系副教授,法学博士。

提倡发展,鼓励竞争的同时也开始关注起了反垄断。自从1980年10月国务院发布的《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》中首次提出了反垄断的任务之后,我国人大和政府又以不同形式颁布了一系列涉及反垄断的法律规定,主要体现在《反不正当竞争法》《价格法》等相应的法律法规中。经过各方的努力,法典式的《反垄断法》终于于2007年通过,并于2008年8月1日起实施。

我国的反垄断法自2008年8月1日实施以来,商务部反垄断局共收到40起经营者集中申报,依照法律规定立案审查了29起,已审结24起;其中无条件批准23起,对于一起可能具有排除、限制竞争效果的集中——全球啤酒业巨头英博出资520亿美元收购同业安海斯-布希公司,商务部在与申报方商谈后附加了限制性条件予以放行。该案例是我国实施《反垄断法》后第一则通过反垄断调查的案例。商务部运用反垄断法,对美国可口可乐公司并购汇源果汁股份有限公司进行审查,并做出禁止该项集中的裁决,这是自2008年8月1日《反垄断法》实施以来,首个未获商务部审查通过的经营者集中申报案例。

三 可口可乐并购汇源案暴露出的我国反垄断法缺陷

我国反垄断法注意研究国际反垄断法的有益经验,在总体框架和主要内容上,和大多数国家的反垄断法基本一致,确立了禁止垄断协议、禁止滥用市场支配地位以及控制经营者集中三大制度。同时,我国反垄断法又立足于我国国情,每一项制度都体现了鲜明的中国特色,反映了我国目前经济发展阶段和发展水平、市场竞争状况、市场主体成熟程度等实际情况的要求。然而,运用《反垄断法》规制可口可乐并购汇源一案中暴露出了我国《反垄断法》中存在的一些问题。

首先,《反垄断法》的部分条文之间存在矛盾。以关于经营者集中的规定为例。《反垄断法》第28条规定,经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,反垄断执法机构应作出禁止经营者集中的决定。根据该法第27条,反垄断执法机构考虑一个并购是否具有排除、限制竞争效果时,考虑以下一系列因素:(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)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。上述规定似乎存在矛盾。因为依照第28条第1句,反垄断执法机构做出是否禁止经营者集中的决定时,只是考虑这个集中是否具有排除、限制竞争的影响。这显然是从竞争政策出发的,如经营者集中能否导致过高的市场集中度。但是根据该法第27条第5项,反垄断执法机构还要考虑集中“对国民经济发展的影响”,这似乎说明反垄断执法机构从一开始就要考虑国家的产业政策。由此就出现了一个问题,反垄断执法机构做出禁止或者批准经营者集中的基本依据是竞争政策还是产业政策?

世界各国反垄断法在企业合并控制方面都是以竞争政策为导向的。如《德国反对限制竞争法》规定,如可预见,合

并将产生或加强市场支配地位,联邦卡特尔局应禁止合并。美国司法部和联邦贸易委员会1997年《横向合并指南》也指出,该指南的指导思想是,合并不得产生或增强市场势力或者推动行使市场势力,因为行使市场势力在任何情况下都会导致财富不合理的分配。

其次,《反垄断法》具有不确定性,缺乏反垄断实践中的具体判定标准,可操作性有待于完善。以市场支配地位为例,关于“市场支配地位”的概念,《反垄断法》第17条的定义是:本法所称市场支配地位,是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件,或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。此定义过于宽泛和模糊,需要限制其内涵和外延的边界。另一个典型的例子是经营者集中申报举证制度。《反垄断法》第27条规定审查需考虑市场份额、市场集中度等情况,第23条则规定了经营者集中申报应当提交的文件、资料,包括第2款中的“集中对相关市场竞争状况影响的说明”。这些规定的缺陷在于,企业可能根本缺乏单独收集相关数据的能力。以市场占有率为例,企业无法独立地进行统计,往往需要借助行业协会或有关统计部门,或聘请市场调研机构。然而并购将导致竞争格局变化,在此过程中企业尤其是外资要获得行业协会或者政府机构的支持绝非易事;而独立的第三方市场调研机构和企业之间可能存在有偿委托关系,调研结果能否或者多大程度上可以作为判断经营者集中的依据,《反垄断法》缺乏细则。

《反垄断法》要求企业在并购中就经营者集中进行举证的条文还包括第24条和28条,却没有条文明确规定企业应当提供哪些证据。尽管《关于外国投资者并购境内企业的规定》的第三章审批与登记较《反垄断法》详细,但该规定毕竟只是国务院部委颁布的行政规范性文件,而举证制度构成反垄断审查规则的基础,有必要以法律的形式加以明确。

最后,《反垄断法》对于相关市场这一关键性概念的界定不明确。该法第12条规定:本法所称相关市场,是指经营者在一定时期内就特定商品或服务(以下统称商品)进行竞争的商品范围和地域范围。很显然,这个定义存在很大的弊病。一方面它并没有说明基于什么样的关系,商品可以界定为一个相关市场。各国反垄断法对于经营者集中进行审查的目的,就是为了防止由于经营者集中导致的相关市场过度集中,从而限制或排除相关市场的竞争。因此,进行反垄断审查必须界定相关市场的范围,相关市场的边界直接影响到了当事企业的市场份额。影响相关市场边界的最为主要的因素则是相关产品的范围。相关产品的种类越多,相关市场的范围边界越大,当事企业的市场份额则越低;反之亦然。就本案而言,则涉及到了可口可乐经营的产品与汇源公司经营的产品之间有无替代性,若有替代性,即有竞争关系,属于同一相关产品,同属一个相关市场。我国目前尚无相关市场的划分标准,国外一般是通过具体案例确定,主要从竞争产品的物理特征、价格、用途等因素考虑。欧共体法院在1978年审理的“联合商标公司案”中认为香蕉的柔软度、特殊气味及易于消化的特性与其他水果不一样,因此构成一个独立

的市场。

另一方面它给执法机关过多的自由裁量权限,不利于具体反垄断具体审查中的市场份额以及市场垄断势力的界定。在此次并购案中相关市场被界定为果汁类饮料,商务部的理由是:此次相关市场界定采用了国际上普遍使用的两种方法即需求替代和供给替代。商务部高度注重经济学分析,对果汁类饮料和碳酸类饮料之间可替代性以及三种不同浓度果汁饮料之间的可替代性进行了深入分析,根据市场调查和搜集的证据,将此案相关市场界定为果汁类饮料市场^[1]。从这样的解释中,我们可以看出,我国缺乏具体的有关反垄断相关市场界定的标准。这样,一方面会在具体反垄断实践中相关市场的界定缺乏法律依据和说服力;另一方面给了反垄断执法部门过多的自由裁量权。

四 完善我国《反垄断法》的对策

我国《反垄断法》的完善当务之急在于制定实施细则,出台《反垄断法》配套法规,增强其可操作性和确定性。对强调成文法的大陆法系国家来说,其反垄断法的一个特点就是对调整对象作出一个原则的、抽象的规定,这就是其不确定性,这种不确定性是指从法律条文上来看是不确定的,但是它的实施过程是确定的,也就是说它需要反垄断执法机构的司法解释、判例、指南、实施细则、条例等配合反垄断法实施的所有规范性文件。这一特点说明我国立法系统应制定实施细则,并产生法律效力。目前的一个配套法规是国务院于 2008 年 8 月公布的《国务院关于经营者集中申报标准的规定》,但仅对经营者集中申报标准作了规定,而包括申报的程序、审查的程序和标准等问题均未明确规定。

其一,制定相关实施细则,明确有关程序类的制度。目前我国反垄断法中关于反垄断审查程序方面存在着问题。比如商务部公告中表明其已经采用听证会等方式征求各界意见,但从公告内容中并未见执法机构征求消费者代表意

见。另外,执法过程中反垄断案件是不是有行政前置程序,反垄断案件的举证责任等问题都是需要进一步明确的。

其二,制定相关实施细则,明确关键性概念及其界定标准。以前文提到的相关市场的定义为例,在仔细研究相关市场(相关产品市场和相关地理市场)的影响因素,从消费者角度出发或从供给者角度出发选择明确的可测量的影响因素,在《反垄断法》中予以清晰明确的描述。

其三,制定实施细则,选择具体判定反垄断的实践标准。我国反垄断审查以并购是否导致在特定市场实质性的排除或限制竞争作为实质标准。我们应当在借鉴美国和欧盟国家反垄断实践标准的基础上,结合中国具体的国情,选择适合中国的判定反垄断的实践标准。这个实践标准应当以市场份额和市场集中度为主要的审查指标,并综合考虑其他相关因素进行分析判断,能够对企业并购等进行公正合理的实体分析。

作为《反垄断法》实施以来首宗遭否决的并购案,汇源案将对今后企业并购产生巨大的示范作用。我国《反垄断法》非常年轻,存在种种缺陷和不足,需要立法者不断总结实践中暴露的问题并完善立法。这将是迫切而重要的,因为我国正值产业结构升级的关键阶段,企业并购将越来越频繁地在我国市场出现,涉及行业不断增多,操作手法日趋复杂,考验立法和执法水平。重视汇源案所反映的立法缺陷,参照国外成熟市场的相关立法,从而完善我国反垄断法,才能使对我国企业并购的反垄断规制满足现实的需要。

[参考文献]

- [1] 商务部.对可口可乐收购汇源反垄断审查公告[Z]. 2009
- [2] 程宜礼,刘宝英.《反垄断法》中相关市场的界定探讨[J].现代商贸工业,2009(15):249

Research on the Development of China's Antimonopoly Law in the Case of Coca-Cola Company Acquiring Hui Yuan Group

ZHANG Jian-hong

(North China Institute of Science and Technology, Yanjiao Beijing 101601)

Abstract The Case of Coca-Cola Company Acquiring Hui Yuan Group has been checked by China Commerce Department which has rejected the acquisition. As the first veto case about monopoly since China's antimonopoly law was applied, the case has taken a demonstrative role. The case has embodied the development of China's antimonopoly law and antimonopoly legal theory. On the other hand, it has revealed the defects of China's antimonopoly law. The law is uncertain to some extent, so it is necessary for us to enact a series of implementing regulations.

Key words Coca-Cola Company Acquiring Hui Yuan Group; antimonopoly law; proprietor concentration