

2006年中国反垄断法评述

王晓晔*

摘要: 2006年是中国反垄断法立法中的重要一年。笔者简要评述了在2006年6月份由国务院法制办向全国人大提交的《中华人民共和国反垄断法(草案)》和在8月份由国家商务部等6部委出台的《关于外国投资者并购境内企业的规定》中关于反垄断法审查的第5章。此外,还简要评述了在2006年德先诉索尼和SEB并购苏泊尔两个案件。

关键词: 2006年 反垄断法 评述

2006年是我国市场化导向的经济体制改革的重要一年。这一年的12月11日标志我国入世后的过渡期限已经结束,也标志我国将进一步开放市场和市场竞争将进一步强化。因此,我国迫切需要建立和完善维护市场竞争秩序的法律制度。2006年也是我国反垄断立法的重要一年。这一年6月,国务院向全国人大常委会提交了《中国反垄断法草案》,草案在6月份经全国人大常委会进行了第一次审议;8月8日,以商务部为首的国家6部委共同发布了《关于外国投资者并购境内企业的规定》(简称《规定》),其中第5章是反垄断审查。2006年也是我国反垄断司法实践的重要一年,商务部依《规定》对法国SEB收购我国苏泊尔的事件举行了反垄断听证会;上海第一中院开始审理我国首次涉及市场垄断的民事诉讼案件。这些立法活动和司法实践表明,反垄断法将作为社会主义市场经济秩序的守护神走进我国经济生活,其地位将随着我国经济体制改革的不断深化而日趋显著。

一、中国反垄断法草案

2006年国务院法制办向全国人大常委会提交的《中国反垄断法草案》总体上值得肯定。在实体法方面,草案除了传统反垄断法的三大支柱,即禁止垄断

协议、禁止滥用市场支配地位和控制企业合并外,还根据我国国情,禁止政府及其所属部门滥用行政权力限制竞争的行为。草案也规定了执法机关、行政执法程序以及违法行为的法律后果。值得提及的是,因为反垄断法是市场经济国家基本的法律制度,草案在很多方面借鉴了美国、欧盟等发达国家或者地区的经验,如第2条关于反垄断法域外效力的规定;第45条对违法者最大征收市场销售额10%的行政罚款以及“宽恕政策”;第49条引入的刑事责任等,都是顺应世界各国反垄断立法的趋势。另一方面,草案中仍有不尽如人意之处,特别是执法机关和行政垄断的管辖权问题。

1. 行政执法机关的问题

毫无疑问,反垄断法的颁布将被视为中国经济体制从计划经济转型为市场经济的里程碑。然而,一部反垄断法不足以使中国建立一个公平和自由的市场竞争秩序。因此,如何建立一个统一、有效和权威的反垄断执法机关就成为反垄断立法的一个决定性问题。草案没有明确如何建立反垄断行政执法机关。但是根据国务院法制办的解释,我国似乎仍将维持由国家商务部、国家工商局和国家发展改革委员会三家执法的现状。反垄断法缺乏统一行政执法机关的问题很大。

首先,多家执法不可避免地会在执法机关之间产

* 作者简介: 王晓晔,女,1948年生,河北省张家口市人,中国社会科学院法学研究所研究员、博士生导师。

生纠纷。如根据现行法,公用企业的滥用行为由国家工商局公平交易局查处,价格垄断行为由国家发展改革委员会的价格部门查处,那么,公用企业的价格垄断行为该由谁查处?这肯定会产生管辖权的冲突和法律冲突。还有一个问题是,如果反垄断行政执法下属三家政府部门,这些执法机构充其量不过是几个局级机构。因为地位不是很高,且很不独立,它们不仅难以处理行政性限制竞争案件,也不具备足够大的权威处理市场竞争中的大案和要案,如涉及微软公司的案件或者与行业监管机构发生管辖权冲突的案件。

反垄断行政执法机构的问题也表现在它与行业监管机构以及其他执法机构之间的关系上。草案第2条规定,“对本法规定的垄断行为,有关法律、行政法规另有规定的,依照其规定。”草案第44条还明确指出,“对本法规定的垄断行为,有关法律、行政法规规定应当由有关部门或者监管机构调查处理的,依照其规定。”这些规定给了人们两个信号:一是反垄断法与其他法律甚至与行政法规相比,它处于次一级的地位;第二,反垄断行政执法机构与其他法律以及行政法规的执法机关相比,它也处于次一级的地位。这种做法不仅不符合市场经济国家将反垄断法视为“经济宪法”的立法潮流,且让人担心,我国作为社会主义市场经济国家能否真正以市场机制和竞争机制作为配置资源的根本手段。草案第44条排除反垄断执法机关对被监管行业的管辖权,这种做法使人们产生很大的忧虑。因为经验表明,监管机构在处理涉及市场竞争的案件中,往往站在被监管企业的立场上。在我国被监管企业大多为国有大企业的情况下,有关部门和行业监管机构运用行政权力维护在位垄断大企业利益的现象更是屡见不鲜。

还有一个问题是,我国在电信、电力、邮政、铁路、石油、银行、保险、证券等几乎于国计民生比较重要的所有行业都设立了主管部门或者监管机构,如果这些机构各自适用部门法处理限制竞争案件,这不仅政出多门,降低反垄断执法效率,而且我国也难以建立一个全国统一的市场竞争秩序。

笔者认为,在行业监督机构与反垄断执法机构的关系上,我国应当借鉴发达市场经济国家的经验,并从我国国情出发,使反垄断执法机构和行业监管机构对被监管行业的竞争案件有并行的管辖权:一方面,因为技术问题,反垄断执法机构在处理电信、电力等行业的限制竞争案件时应征求监管机构的意见;另一方面,监管机构处理竞争案件时,应就相关市场以及

市场支配地位的认定等竞争法专业问题征求反垄断执法机构的意见。无论如何,排除反垄断执法机构在被监管行业的管辖权是错误的,这一方面会严重损害反垄断执法机构的权威和地位,另一方面也不利于国家的竞争政策。

2. 行政垄断的管辖权问题

根据草案第5章,行政垄断是指因行政机关滥用权力而产生的限制竞争。如政府偏爱个别企业,排斥其他企业;或者偏爱个别部门,排斥其他部门,从而对市场经济条件下本来有着平等地位的市场主体实施了不平等的待遇。行政垄断的后果是扭曲和排除竞争,导致“优”不能胜,“劣”不能汰,社会资源得不到合理和优化配置。由于行政垄断事实上就是权钱交易,有人曾一针见血地指出,行政垄断是我国当前最大的腐败。

然而令人遗憾的是,在制止行政垄断方面,反垄断法草案与我国《反不正当竞争法》相比没有进步。因为草案第50条规定,行政机关滥用行政权力限制竞争的行为由其上级机关责令改正。这即是说,反垄断执法机构对此没有管辖权。然而事实上,出于以下原因,我们不可能依靠政府的上级机关来打破各种行政垄断:第一,任何行政垄断的背后都存在保护地方企业或者国有大企业的经济动机,这就使上级部门在其下级部门与非国有企业或者与其他地方企业之间的争议中难以保持中立。第二,“上级机关”不是特定的机关,更不是特定的司法机关,这些机关的工作人员一般没有很强的反垄断意识,从而也缺乏处理竞争案件的能力。在这个方面,我们应当学习某些国家的经验,即赋予反垄断行政执法机关以行政劝告的权力;在违法者不接受劝告的情况下,它有向法院提起行政诉讼的权力。为了避免和减少行政规章与国家竞争政策相冲突的情况,立法者还应赋予反垄断行政执法机构对政府部门涉及市场竞争的立法活动提供咨询意见的权力。这即是说,反垄断行政执法机关不仅仅是一个执法者,还应成为国家竞争政策的倡导者和推动者。鉴于反垄断执法机构应是一个统一、独立和比较权威的机构,鉴于这个机构在中国还需处理行政垄断的案件,从长远的眼光看,这个机构应是一个直属国务院的“部级”机构。

二、外国投资者并购境内企业的规定

2006年8月8日,以国家商务部为首的六部委共

同发布了《关于外国投资者并购境内企业的规定》，该规定自2006年9月8日起实施。《规定》第3条指出，“外国投资者并购境内企业……不得造成过度集中、排除或限制竞争”。这说明，反垄断和保护市场竞争是《规定》出台的目的之一。为了防止外资并购导致我国市场过度集中的情况，《规定》的第5章是反垄断审查。然而，由于《规定》在反垄断审查方面在等待我国即将出台的反垄断法，《规定》中的反垄断审查就不可避免地存在着问题。

1. 合并申报标准

《规定》第51条指出，外国投资者并购境内企业出现下列情形时，应向商务部和国家工商行政管理总局进行报告：(1) 并购一方当事人当年在中国市场的营业额超过15亿元人民币；(2) 一年内并购国内关联行业的企业累计超过10个；(3) 并购一方当事人在中国的市场占有率已经达到20%；(4) 并购导致并购一方当事人在我国的市场占有率达到25%。此外，应有竞争关系的境内企业、有关职能部门或者行业协会的请求，政府部门也可能要求外国投资者进行并购申报。

在上述这些标准中，企业上一营业年度的营业额是一个易于操作的标准，且比较客观地反映企业与市场的关系，说明企业的竞争力，从而也是国际通行的做法。从经济学的角度看，以市场份额作为申报标准也是合理的，因为市场份额较大的企业对市场竞争一般较大的影响。然而，若以市场份额作为申报标准，立法者就应当定义“相关市场”。在相关市场不能界定的情况下，企业和反垄断执法机关都不可能计算企业的市场份额。《规定》中还以被并购企业的数目作为申报标准。由于被并购的企业数目不能准确地反映市场竞争关系，如一个企业即便并购了市场上10家以上的企业，如果它们共同所占的份额不足5%，要求这些合并进行申报就不具有合理性。

此外，鉴于反垄断法只应禁止那些对市场竞争有严重损害的合并，申报的门槛就不应太低，否则会给予市场竞争有利或者没有损害的合并带来不必要的成本。考虑到企业合并是优化企业组织结构和市场结构的重要方式，如果被并购的企业不足一定规模，合并应免除申报义务。

2. 合并审查期

《规定》第52条指出，有关部门自收到规定报送的全部文件之日起90日内，经过某些程序依法做出批准或者不批准的决定。借鉴美国和欧盟的经验，对企业合并规定90天的审查期比较合适。但是，大多数

企业合并于市场竞争没有不利的影响，对于这些合并来说，90天的审查期有些太长。因此，建议90天的审查期分作两个阶段。第一阶段为30日，即有关机构应在收到规定报送的全部文件之日起30日内，对市场竞争没有影响的合并予以批准。如果政府认为合并对市场竞争可能会有严重损害，这个合并可以进入为期60天的第二个审查期。考虑到政府机构的负担，特别是考虑到某些复杂的案件，第二阶段的审查期有必要延长到90个工作日。

3. 禁止合并的实质要件

根据《规定》的52条，我国禁止外国投资者并购境内企业的实质性标准是合并“可能造成过度集中，妨碍正当竞争、损害消费者的利益”。为了使企业对其合并后果有可预见性，为了给执法机关分析和评估合并提供指导，这里的“过度集中”应有一个量化标准。如美国司法部反托拉斯局和联邦贸易委员会使用HHI指数测度市场的集中度。欧共体的企业合并控制条例在其序言中指出，“一个具有共同体影响的合并如果产生或者加强市场支配地位，并且由此严重损害共同体市场或其重大部分的有效竞争，该合并应被视为与共同体市场不相协调。”这即是说，产生或加强市场支配地位并且由此严重损害市场竞争应作为禁止合并的条件。

4. 域外适用问题

《规定》第53条是关于域外适用的规定。即境外并购有下列情形之一的，应向政府有关部门进行申报：(1) 境外并购一方当事人在我国境内拥有资产30亿元人民币以上；(2) 境外并购一方当事人当年在我国市场上的营业额15亿元人民币以上；(3) 境外并购一方当事人及其关联企业在我国市场占有率已经达到20%；(4) 由于境外并购，境外并购一方当事人及其关联企业在我国的市场占有率达到25%；(5) 由于境外并购，境外并购一方当事人直接或者间接参股境内相关行业的外商投资企业将超过15家。

反垄断法的域外适用虽然是国家主权行为，但是因为法律的域外适用常常引起管辖权的冲突或者法律冲突，这个问题就应当非常慎重。反垄断法没有域外适用的效力肯定不行，因为这种情况下国家不能有效防范来自境外的限制竞争。另一方面，如果反垄断法对境外的经济活动不适当地行使管辖权，这也会影响正常的国际经贸活动。

2006年《反垄断法草案》第17条规定的合并申报标准也具有域外适用的效力。据此，如果参与集中

的经营者在全球范围的销售超过 120 亿元人民币, 其中一个经营者在中国境内的销售超过 8 亿元人民币, 这个集中得向反垄断执法机构申报。由于这个标准没有考虑并购交易额, 没有考虑被并购企业的情况, 这非常可能导致我国反垄断法对很多境内外并购活动行使不必要的管辖权。以可口可乐公司并购俄罗斯一个汽水瓶生产企业为例。可口可乐在全球的销售肯定超过了 120 亿元人民币, 在中国市场上的销售肯定超过了 8 亿元人民币。根据上述规定, 即便可口可乐在俄罗斯购买一个极小企业, 也得向中国反垄断执法机关进行申报。考虑到这个合并对中国市场完全没有影响, 考虑到企业并购是市场经济中司空见惯的现象, 这些不必要的申报不仅对企业是不合理的负担, 对我国反垄断执法机构也是不可承受的负担。

三、2006 年反垄断司法实践

2006 年, 尽管我国尚未建立完善的反垄断法律制度, 国内已经出现了涉及反垄断法的司法实践。引人注目的有四川德先科技有限公司在上海第一中院对上海索广电子有限公司(简称“索广公司”)和索尼株式会社(简称“索尼公司”)提起的民事诉讼。此外, 商务部在 11 月初就 SEB 并购苏泊尔一案举行了听证会。这两个案件被称为中国历史上第一次反垄断诉讼和第一次反垄断听证会。

1. 德先公司诉索尼公司

德先诉索尼的理由是索尼公司在其生产的数码相机和数码摄像机电池“InfoLITHIUM”上设置了智能识别码, 以识别索尼电池和非索尼电池, 由此使索尼品牌的数码相机、数码摄像机与其锂离子电池之间建立了一种捆绑交易关系。原告认为被告在其数码相机和数码摄像机电池上设置的智能识别不是促进技术进步, 而且通过其在数码相机和摄像机市场上的优势地位封锁锂离子电池市场上的竞争。原告要求法院判决被告停止其损害市场竞争的行为, 并且赔偿其经济损失 10 万元。此外, 原告还指出, 由于被告在锂离子电池市场上通过智能识别码筑起了市场壁垒, 这导致索尼产品的价格远远高于竞争性产品的价格, 从而损害了消费者的利益。由于我国目前尚未建立完善的反垄断法, 原告遂依据我国《反不正当竞争法》的第二条, 指控被告的行为构成了不正当竞争。针对原告的指控, 被告则辩护说收到过用户因使用假冒电池而导致财产损失报告, 即其数码相机和摄像机电池上设置的智能识别技术是出于保护消费者人身和财产安

全的需要。

德先诉索尼是我国反垄断法意义上第一起诉讼案件, 而且是一起与知识产权滥用相关的反垄断案件, 也是一起针对跨国公司市场势力的案件。由于该案存在很多不确定的因素, 原告能否胜诉还存在很大的挑战: 第一, 索尼牌数码相机和数码摄像机是否在我国相关市场上占到了支配地位。因为在产品尚未占到市场支配地位的情况下, 消费者存在着选择的可能性, 这就难以说明这个捆绑销售损害了消费者的利益。第二, 在认定索尼公司占市场支配地位的条件下, 索尼公司的捆绑行为是否违法, 还须审查这个捆绑行为是否真的不合理, 从而需要对案件进行经济和技术分析。第三, 本案原告是以反不正当竞争法为依据对被告提出指控。据此, “经营者在市场交易中, 应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则, 遵守公认的商业道德。”这些原则固然没有错, 但在反垄断法案件中, 这些原则没有可操作性。

2. SEB 收购苏泊尔的听证会

随着外资的进入, 我国市场上已经发生了多起外资企业收购国内企业的事件, 如 2003 年柯达收购了乐凯的股权, 2004 年欧莱雅收购了我国化妆品名牌“小护士”和“羽西”, 2004 年世界第二大啤酒集团 SAB 收购了哈尔滨啤酒集团等等。2006 年外资企业并购境内企业的亮点是美国凯雷收购徐工和法国 SEB 收购苏泊尔。如果说人们对凯雷收购徐工一案的关注集中在国家经济安全和国有资产的转让价格方面, SEB 收购苏泊尔则是涉及到市场垄断的问题。爱仕达、双喜、顺发等 6 家企业于 2006 年 8 月 29 日发布的反对 SEB 并购苏泊尔的联合声明, 表达了我国企业界的这种担忧, 也引发了我国首次反垄断听证会。据说 SEB 收购苏泊尔一案中, 不计 SEB 并购方, 苏泊尔一方作为被并购方就已经符合了《规定》中反垄断审查的标准: (1) 苏泊尔 2005 年的销售额超过了 15 亿元; (2) 苏泊尔品牌的销售量和销售额在其行业中分别占到了 41.08% 和 39.69% 的份额。

SEB 并购苏泊尔一案的听证会是不公开的, 这方面进一步的消息因此也不得而知。但是, 可以想见, 因为我国的反垄断法尚未颁布, 《规定》的反垄断审查在实体法和程序法方面均存在问题, 可操作性差, 商务部可能难以作出这一并购事件是否导致“过度集中, 妨碍正当竞争、损害消费者的利益”的结论。然而无论如何, 这个听证会的影响也是很大的, 因为它可以为我国未来反垄断审查标准提供教材。