

我国反垄断法中的经营者集中控制:成就与挑战*

王晓晔*

内容摘要:我国反垄断法中的经营者集中控制已经实施八年,成果显著。这不仅表现为相关执法机关审理了很多案件,其中不乏国际上有影响的大案,而且通过案件审理积累了相当多的实践经验,并在这些经验的基础上完善了我国反垄断法。然而,我国反垄断法在这方面的执法还存在很多问题,例如集中审查中的非竞争因素和执法机关的独立性不足。此外,反垄断法本身还存在很多问题,如“控制权”的概念有待进一步厘清。我国改革开放近40年的经验证明,要维护市场的竞争性,就应当防止过度的经济集中。反垄断法中的经营者集中控制有助于提高国家的经济活力,也有助于提高企业的生产效率和消费者的社会福利。

关键词:反垄断法 经营者集中控制 集中控制的实体法 集中控制的程序

DOI:10.13415/j.cnki.fxpl.2017.02.002

我国反垄断法2007年8月30日颁布,2008年8月1日生效,迄今已经实施8年有余。我国之所以需要反垄断法,决定性的是它的经济体制。一个国家如果要以市场机制作为配置资源的决定性手段,它就得反垄断。因此,反垄断法作为市场经济内在本能的需求,它的颁布和实施不仅是我国法制建设中一件大事,而且也是我国经济建设中一件大事,是我国经济体制改革的里程碑。我国市场竞争秩序在反垄断法实施8年来发生了什么样的变化?反垄断法对政府、企业和消费者的影响有多大?反垄断执法的前景如何?本文以商务部实施的经营者集中控制为视角,讨论我国反垄断执法的成就和存在的问题。第一部分是我国反垄断法经营者集中控制的概况;第二部分是经营者集中控制实体法的新发展;第三部分是程序规则的新发展;第四部分讨论我国经营者集中控制在当前存在的问题;最后是本文的结论。

一、经营者集中控制概况

根据国务院三定方案,商务部负责我国反垄断执法中的经营者集中控制。为此,商务部于2008年9月组建了反垄断局,受理当事人提交的经营者集中申报,并且由此做出是否批准集中的决定。根据国务院2008年8月3日发布的《关于经营者集中申报标准的规定》,^①经营者集中的申报是强制性的,即达到以下两个标准之一的集中必须进行申报:(1)参与集中的经营者上一会计年度在全球范围的营业额合计超过100亿元人民币,且其中至少两个经营者上一营业年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币;(2)参与集中的经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过20亿元人民币,且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币。此外,根据这个规定,即便未达到上述申报标准的经营者集中,如果事实和证据表明,该集中具有或可能具有排除、限制竞争影响的,执法机关应当依法进行调查。现在已有过一些未申报而受到商务部反垄断审查的企业并购,如2015年约租车市场滴滴打车和快的打车之间的并购,以及2016年滴滴打车和UBER之间的并购。^②

* 本文是作者主持国家社会科学基金重大招标项目《垄断认定过程中的相关市场边界划分原则与技术研究》(批准号12&2D200)的阶段性成果。作者感谢叶军博士、解琳博士为本文提出的宝贵意见和建议。

* 湖南大学特聘教授。

① 国务院关于经营者集中申报标准的规定,见http://www.gov.cn/zwqk/2008-08/04/content_1063769.htm。

② 详见报道:滴滴收购Uber:占90%市场或成新的垄断公司,<http://edu.sina.com.cn/bschool/2016-09-16/doc-ix-vyqvy6407009.shtml>,最后访问日期:2016年12月12日。

商务部反垄断局执法的依据主要是《反垄断法》的第4章。由于这些规定比较原则,很多缺乏可操作性,商务部在完善反垄断立法方面做了大量的工作,^③其中也包括以国务院名义发布的《关于经营者集中申报标准的规定》以及以国务院反垄断委员会名义发布的《关于界定相关市场的指南》。^④商务部反垄断局发布的“指导意见”或“示范文本”不具法律效力,当“指导意见”与商务部发布的《经营者集中申报办法》、《经营者集中审查办法》等法律文件发生冲突时,应以商务部发布的文件为准。

从《反垄断法》生效至2016年年底,商务部收到的经营者集中申报1800多件,审结1600多件。自2011年以来,商务部收到的集中申报呈逐年增加的趋势,如2011年205件、2012年207件、2013年224件、2014年262件、2015年352件、2016年378件。反垄断法实施初期,提交集中申报的大多是外国企业或跨国公司。随着商务部于2011年发布了《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》,国内企业包括国有大企业之间的并购开始进行申报,如中国电信、中国联通和中国移动三家电信巨头2014年共同组建的中国通信设施服务股份有限公司进行了申报,2015年中国南车和中国北车之间的并购也进行了申报。^⑤在商务部迄今审结的1600多个集中申报中,被禁止的只有2件,这比欧盟委员会迄今禁止集中的比例还要少。^⑥2009年3月做出第一个禁止性决定是针对可口可乐在我国境内并购汇源,^⑦2014年6月做出的第二个禁止性决定是针对马士基、地中海航运和达飞三家欧洲航运公司计划组建的一个合营企业(以下简称P3网络案)。^⑧除上述两起禁止性决定,商务部迄今作出了28件附条件批准的决定,^⑨最近的决定是2016年附条件批准的雅培公司收购圣犹达医疗公司股权案。这些被禁止和附条件批准的集中案件至少可以说明以下几个问题:

第一,即便对市场竞争有着严重不利影响的经营者集中,只要当事人能够提出消除不利影响的有效方案,它们仍然可以得到我国反垄断执法机关的批准。

第二,迄今向反垄断执法机关进行申报和接受审查的经营者集中绝大多数发生在外国公司或跨国公司之间,而且很多集中发生在中国境外。这一方面说明,我国反垄断法可域外适用于对我国市场竞争有着严重不利影响的限制竞争;另一方面也说明,我国已成为跨国公司开展经营活动的重要场所,我国反垄断法从而与美国反托拉斯法和欧盟竞争法一样,已经成为国际上最具影响的反垄断法之一。

第三,迄今被禁止和附条件批准的集中申报在商务部审结的全部案件中不足2%,即98%以上的集中申

^③ 这包括商务部等五部委发布的《金融业经营者集中申报营业额计算办法》,商务部发布的《经营者集中申报办法》、《经营者集中审查办法》、《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》、《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》、《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》、《关于经营者集中简易案件适用标准的暂行规定》和《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》,商务部反垄断局发布的《关于经营者集中简易案件申报的指导意见(试行)》、《关于经营者集中申报的指导意见》、《监督受托人委托协议(示范文本)》等,见商务部反垄断局网址 <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/c/>。

^④ 国务院反垄断委员会《关于相关市场界定的指南》,见 http://www.gov.cn/zwhd/2009-07/07/content_1355288.htm。

^⑤ 2015年4月6日《证券时报网》:中国北车与南车合并获证监会通过7日复牌, <http://finance.sina.com.cn/stock/s/20150406/174921893074.shtml>,最后访问日期:2016年12月1日。

^⑥ 欧盟委员会自1990年9月至2016年11月,被禁止的并购仅有25起,2004年以来禁止的并购仅有7起,这在其受理的6千多起申报中所占比例不足1%。See <http://ec.europa.eu/competition/mergers/statistics.pdf>,最后访问日期:2016年12月2日。

^⑦ 商务部公告[2009]第22号, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/200903/20090306108494.shtml>。

^⑧ 商务部公告[2014]第46号, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201406/20140600628586.shtml>。

^⑨ 这包括2008年的英博集团公司收购AB公司,2009年的三菱丽阳公司收购璐彩特国际公司、通用汽车公司收购德尔福公司、辉瑞公司收购惠氏公司、松下公司收购三洋公司,2010年的诺华公司收购爱尔康公司,2011年的乌拉尔开放型股份公司收购谢尔维尼特开放型股份公司、佩内洛普公司收购萨维奥公司、通用电气(中国)有限公司与神华煤制油化工有限公司设立合营企业、希捷科技公司收购三星公司硬盘驱动器业务,2012年的汉高香港与天德化工组建合营企业、西部数据收购日立存储、谷歌收购摩托罗拉移动、联合技术公司收购古德里奇公司、沃尔玛收购纽海控股33.6%股权以及安谋公司、捷德公司、金雅拓公司组建合营企业,2013年的嘉能可国际公司收购斯特拉塔公司、丸红公司收购高鸿公司、美国百特国际有限公司收购瑞典金宝公司、联发科技股份有限公司收购开曼晨星半导体公司,2014年的赛默飞世尔科技公司收购立菲技术公司、微软收购诺基亚设备和服务业务、默克公司收购安智电子材料公司以及科力远、丰田中国、PEVE、新中源、丰田通商设立合营企业,2015年的诺基亚收购阿尔卡特朗讯、恩智浦收购飞思卡尔,2016年的百威英博啤酒集团收购英国南非米勒酿酒公司股权、雅培公司收购圣犹达医疗公司股权,见网址 <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/>,最后访问日期:2017年1月2日。

报获得了无条件批准,这和欧盟、美国以及其他司法辖区的情况基本一致。

第四,附条件批准的 28 起集中申报绝大多数来自高新技术产业,谷歌收购摩托罗拉移动、微软收购诺基亚设备和服务业务、诺基亚收购阿尔卡特朗讯和恩智浦收购飞思卡尔均来自无线通信业,其中两个案件还涉及无线通信标准必要专利,这说明我国反垄断执法重视无线通信网络设备市场的竞争。

第五,附条件批准的 28 起并购交易有 5 起涉及建立合营企业,被禁止的 2 起中也有一起涉及合营企业。这说明,合营企业的建立如涉及支配权的问题,^⑩它们就和企业并购一样,需接受经营者集中的审查,这和其他反垄断司法辖区的做法也是一致的。

第六,附条件批准的 28 起并购交易中,16 起涉及行为性救济,7 起涉及结构性救济,5 起涉及结构性和行为性混合救济。这说明,商务部反垄断局在集中救济方面采取行为性救济的案件超过结构性救济,这是目前我国反垄断执法与欧美司法辖区不一致的地方。

二、集中控制实体法的新发展

(一)概述

根据《反垄断法》第 28 条,“经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,反垄断执法机构应当作出禁止经营者集中的决定。”由于经济是活泼的,而且非常复杂,即有些集中即便具有排除、限制竞争的负面影响,同时也可能具有提高市场竞争强度或提高生产效率的正面影响。因此,第 28 条第 2 句规定,“经营者能够证明集中对竞争产生的有利因素明显大于不利因素,或者符合社会公共利益的,国务院反垄断执法机构可作出对集中不予禁止的决定。”根据第 27 条,反垄断执法机构审查经营者集中应当考虑的因素包括:经营者在相关市场的份额及其市场支配力、相关市场集中度、经营者集中对市场进入和技术进步的影响、经营者集中对消费者和其他经营者的影响,此外还有对国民经济发展的影响等。根据第 29 条,反垄断执法机构对不予禁止的经营者集中可附加限制性的条件,以减少集中对竞争产生的不利影响。

由于上述条款大多是原则性规定,可操作性不强,商务部为这些规定的配套立法作出了很大努力。另一方面,随着审查的案件越来越多,商务部在经营者集中控制方面的经验也越来越丰富,这主要表现在审查中越来越注重经济分析,审理案件的透明度也越来越高。

(二)《评估经营者集中竞争影响的暂行规定》

商务部在经营者集中控制的实体法方面的新发展,主要表现在 2011 年 8 月发布的《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》(以下简称《暂行规定》)。^⑪这个规定是为了细化《反垄断法》第 27 条和第 28 条,明确商务部评估经营者集中对市场竞争影响所考虑的因素,从而一方面有助于提高执法透明度和法律的稳定性,另一方面也使参与集中的企业对其案件后果有可预见性。

出于细化《反垄断法》第 27 条的目的,《暂行规定》第 5 条至第 11 条比较详细地解释了评估经营者集中需考虑的一系列因素,包括市场份额、市场控制力、市场集中度、市场进入壁垒、对技术进步的影响、对消费者的影响、对其他经营者的影响、对国民经济发展的影响等。为了合理和科学地分析集中对市场竞争的影响,《暂行规定》还借鉴了欧、美反垄断司法辖区的很多经验,例如第 7 条指出,分析相关市场的进入壁垒应当“全面考虑进入的可能性、及时性和充分性”分析市场集中度的第 6 条引入了赫芬达尔-赫希曼指数(HHI)和行业集中度指数(CR_n),前者等于相关市场每个经营者市场份额的平方之和;后者等于相关市场前 N 家经营者市场份额之和。商务部已经在多起案件使用了 HHI 指数评估市场的集中度,例如联合技术公司并购古德里奇公司案;^⑫甚至在《暂行规定》发布之前就使用过 HHI 指数评估市场集中度,如 2009 年附条件批准

^⑩ 商务部认为,马士基、地中海航运、达飞设立网络中心将形成与航运联盟有本质区别的紧密型联营, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201406/20140600628586.shtml>,最后访问日期:2016 年 12 月 10 日。

^⑪ 商务部公告 2011 年第 55 号, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/c/201109/20110907723357.shtml>。

^⑫ 商务部公告[2012]第 35 号, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201206/20120608181083.shtml>。

的辉瑞公司收购惠氏公司的决定。^⑬ HHI 指数是美国、欧盟等反垄断司法辖区测度市场集中度的重要指数,^⑭ 商务部在国内没有相关立法的情况下就使用了 HHI 指数分析市场的集中度,这说明商务部反垄断局是一支善于学习的反垄断执法队伍。

《暂行规定》的第 4 条解释了《反垄断法》的第 28 条,即什么情况下的集中可能具有排除、限制竞争的效果,由此执法机关可能做出禁止集中的决定。根据这个条款,执法机关会使用以下三种方法评估集中是否可能对市场竞争产生不利的影响:第一种是“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”,这可以简称为分析“单边效应”;第二种是“当集中所涉及的相关市场有少数几家经营者时,考察集中是否会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”,这可简称为分析“协调效应”;第三种是“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,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”,这可简称为分析“封锁效应”。这三种分析法一方面是商务部反垄断局近几年来审查经营者集中的经验总结,另一方面也是借鉴了欧盟、美国以及其他反垄断司法辖区分析集中对市场竞争损害时所使用的经济分析法。^⑮

《暂行规定》第 12 条还解释了《反垄断法》第 27 条的兜底条款即“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”。据此,商务部反垄断局还需综合考虑集中对公共利益的影响、集中对经济效率的影响、参与集中的经营者是否为濒临破产的企业、是否存在抵消性买方力量等各种因素。尽管这里没有关于“公共利益”、“经济效率”、“濒临破产的企业”以及“抵消性买方力量”等概念的解释,然而因为它们大多首次出现,这个条款应被视为对我国反垄断法的重要发展。

(三) 案件审查注重经济分析

除了相关立法,中国经营者集中控制在实体法方面的新发展,更多表现为案件的分析框架和认定竞争损害的分析方法。为此,这里有必要对早期案例和近年的案例进行比较。

1. 两个早期案例

2008 年 11 月 18 日商务部附条件批准的英博并购 AB 是中国反垄断法经营者集中控制的第一案。该案的决定书指出:“鉴于此项并购规模巨大,合并后新企业市场份额较大,竞争实力明显增强,为减少可能对中国啤酒未来市场竞争产生的不利影响,商务部对审查决定附加限制性条件,…”。然而,人们在这个不足 600 字的决定书中几乎看不到与这一决定有重要联系的信息,例如,这个并购的规模如何?合并后新企业的市场份额多大?中国啤酒业市场竞争的状况如何?

禁止可口可乐并购汇源一案的决定书^⑯同样存在透明度不高的问题。例如,公告指出禁止这个交易的理由有三点:(1)集中完成后,可口可乐有能力将其在碳酸软饮料市场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)集中完成后,可口可乐通过控制“美汁源”和“汇源”两个知名果汁品牌,将明显增强其对果汁市场的控制力,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。然而,这个 1456 个字的决定书没有回答人们感兴趣的以下问题:可口可乐在碳酸软饮料市场的支配地位是如何认定的?可口可乐为什么有能力将其在碳酸软饮料市场的支配地位传导到果汁饮料市场?可口可乐通过“美汁源”和“汇源”两个品牌在果汁饮料市场的控制力有多大?中国果汁饮料市场的竞争是什么样的态势?由于这个决定书中没有回答与其结论相关的一系列问题,特别是没有界定相关市场,没有提及涉案当事人的市场份额,没有解释可口

^⑬ 商务部公告[2009]第 77 号, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/200909/20090906541443.shtml>.

^⑭ 见 Horizontal Merger Guidelines by U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission, Issued August 19, 2010, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg-2010.pdf>, 最后访问日期:2016 年 11 月 30 日。

^⑮ 比较 Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ, 2004/C 31/03; Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings, OJ, 2008/C 265/07, 最后访问日期:2016 年 11 月 30 日。

^⑯ 商务部公告[2009]第 22 号, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/200903/20090306108494.shtml>.

可乐的市场支配地位如何具有从一个市场传导到另一市场的功能,人们就有理由质疑这个交易是否对市场竞争具有不利影响。

2. 经济分析的框架

与几个执法初期的决定相比,商务部近年来公告的决定在竞争分析方面有了很大改善,这首先表现为案件的分析框架具有科学性和逻辑性。例如在 2012 年 2 月附条件批准的汉高香港与天德化工组建合营企业一案,商务部首先分析了该案的相关市场、集中当事人的市场份额、市场集中度,并重点分析了氰乙酸乙酯和氰基丙烯酸酯单体市场的竞争关系,进而认定这个交易可能产生排除、限制竞争的效果。^① 在 2012 年 3 月附条件批准的西部数据并购日立存储一案,商务部也是首先分析了相关市场,指出参与集中的经营者及其竞争对手各自的市场份额,进而考虑到硬盘市场上产品的同质化和市场高度透明,从而认定这个导致市场上 5 家企业减为 4 家企业的并购交易会增加企业间共谋的可能性,其结论是该交易具有排除、限制竞争的影响。^②

商务部 2014 年 6 月 17 日发布的关于 P3 网络一案的决定,^③体现了商务部分析经营者集中的框架。商务部在该案首先界定了相关商品市场为国际集装箱班轮运输服务市场,相关地域市场为欧—亚洲航线、跨太平洋航线和跨大西洋航线;然后分析了参与这个交易的当事人及其拟设立的网络中心,包括市场份额、市场控制力、市场集中度、市场进入、对消费者和相关经营者的影响等多个因素;最后认定这个集中对欧—亚航线集装箱班轮运输服务市场可能具有排除、限制竞争的影响。在认定交易具有排除、限制竞争的影响时,商务部主要有以下考虑:一是此项交易属于反垄断法规定的经营者集中,即商务部享有管辖权;二是参与交易的三家企业在欧亚航线的运力合计达到 47%,即大大提高了它们对相关市场的控制力;三是该交易导致相关市场结构发生实质性改变,即消除了三家航运公司之间的竞争,HHI 指数从 890 提高到 2240,HHI 增量为 1350;四是该交易进一步提高国际集装箱班轮海运服务市场的进入壁垒;五是该交易通过整合航线和国际运力资源,可能挤压其它竞争者的发展空间,导致它们在市场进一步处于劣势地位。^④

世界各国对这个国际三大航运巨头建立紧密性联营的态度是不同的。美国联邦海事委员会(FMC)于 2014 年 3 月 24 日批准了 P3 网络在美国生效。欧盟委员会也于 2014 年 6 月 3 日通知 P3 网络成员,欧盟委员会对这个合营企业的建立没有意见。^⑤ 然而,因为 P3 网络对欧亚航线集装箱班轮运输服务市场的竞争有重大影响,欧洲著名的竞争法专家 Säcker 教授指出,“中国商务部对 P3 网络发布禁令是完全正确的,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来自境外限制竞争的不利影响时,它有权力对这个限制竞争采取措施。”^⑥

3. 竞争损害的关注点

除上述分析经营者集中的步骤和框架,商务部在分析竞争损害方面也发展了一套规则,这即是《评估经营者集中竞争影响的暂行规定》提出的,横向并购注重单边效应和协调协议,非横向并购注重封锁效应。

单边效应是指集中可能产生或加强某个交易当事人单方面在市场上排除、限制竞争的能力,如单方面的涨价能力。^⑦ 商务部 2012 年 6 月 11 日附条件批准的联合技术公司收购古德里奇公司一案,就比较深入地分析了单边效应。^⑧ 参与这个并购的两个企业都是生产飞机交流发电系统,并购是横向的。商务部对该案采

^① 商务部公告[2012]第 6 号, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201202/20120207960466.shtml>.

^② 商务部公告[2012]第 9 号, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201203/20120307993758.shtml>.

^③ 商务部公告[2014]第 46 号, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201406/20140600628586.shtml>.

^④ 尚明:《全面总结执法经验不断提高执法效率》,见中国世界贸易组织研究会竞争政策与法律专业委员会编著:《中国竞争法律与政策研究报告 2014 年》,法律出版社 2014 年版,第 7—8 页。

^⑤ 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_凤凰财经, http://finance.ifeng.com/a/20140618/12564142_0.shtml,最后访问日期:2016 年 11 月 20 日。

^⑥ Franz Jürgen Säcker: Chinesisches Aus für eine Reederei—Allianz, WuW vom 07.11.2014, Heft 11, Seite 1031.

^⑦ Horizontal Merger Guidelines by U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission Issued: August 19, 2010, pp. 20—23, <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/hmg—2010.pdf>,最后访问日期:2016 年 11 月 20 日。

^⑧ 商务部公告 2012 年第 35 号, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201206/20120608181083.shtml>.

取了以下分析方法:(1)界定相关市场。公告指出,集中双方当事人共同生产的产品包括飞机电源系统、飞机照明系统、飞行控制作动系统和飞机发动机控制系统,由此确定了此案的相关商品市场;考虑到集中双方是在全球从事经营活动,产品的价格全球统一,该案的相关地域市场是全球性的。(2)分析该交易影响市场竞争的各种因素,重点评估了可能产生的单边效应。商务部首先分析了交易当事人各自的市场份额和市场集中度,指出在飞机交流发电系统市场上,全球共有6家供应商,其中联合技术公司的市场份额72%,古德里奇12%,即它们分别居于市场第一位和第二位。这即是说,并购后企业的市场份额将达到84%,市场集中度HHI指数将提高到7158,交易前后HHI指数的增加值1728。(3)分析合并后企业的市场控制力。这方面一个重要的证据是在飞机交流发电系统2007年至2011年期间的招投标中,联合技术公司获得了绝大多数中标的机会,古德里奇也是为数不多的中标者,再加上联合技术公司在这个系统拥有全球领先的技术,商务部据此认为,该交易将进一步强化联合技术公司在全球交流发电系统市场的控制力,减少下游客户在全球选择供应商的机会,从而可能产生排除、限制竞争的效果。(4)分析市场进入障碍和潜在竞争。公告指出,飞机交流发电系统的供应商不仅得根据飞机的型号量身打造平台,而且必须得拥有雄厚的资金和先进的技术才能满足前期研发的各种条件。此外,飞机交流发电系统具有耐用性,即一个飞机平台一旦确定了某种产品,它在很长时间甚至数十年都不会发生变化。这即是说,尽管技术创新和新的飞机平台可能为新的市场进入提供机会,但进入市场的机会是有限的,而且不可预期。通过这些比较深入的经济分析,包括分析相关市场当前的竞争态势和预测未来的态势,商务部认定这项集中将会产生排除、限制竞争的影响,从而通过结构性救济对这个交易做出附条件批准。^⑤值得提及的是,商务部对这个并购作出决定的时间还早于美国和欧盟反垄断执法机关,这不仅说明商务部反垄断执法的能力,而且还说明它对这个案件的决定充满了自信心。^⑥

协调效应是指集中可能增加行业内企业进行共谋的机会,从而具有共同排除、限制竞争的可能性。商务部2012年3月2日在其附条件批准的西部数据收购日立存储的决定,就深入地分析了该交易可能产生的协调效应。^⑦商务部首先界定了该交易的相关产品市场和地域市场:相关产品是计算机以及其他消费电子产品中被称为“硬盘”的存储设备;因为硬盘是全球采购,本案的相关地域市场是全球性的。因为全球仅有希捷、西部数据、日立存储、东芝和三星等5家硬盘生产企业,2010年它们的市场份额分别为33%、29%、18%、10%和10%,这是一个寡头垄断的市场。公告还指出,因为市场集中度和产品同质程度都很高,生产商有着相同的销售渠道,这个市场的透明度也很高。此外,考虑到硬盘生产的科技含量很高,知识产权和专有技术构成进入市场的重大障碍,以至于近10年来没有新的企业进入市场。通过这一系列因素的分析,商务部认定,这个集中将会减少市场上一个重要的竞争者,从而增加市场上现存企业通过协调方式排除、限制竞争的可能性。这种情况下,商务部就通过结构性救济,附条件批准了这个交易。

封锁效应是指因上下游企业的合并,导致未参与交易的企业被迫退出市场或者新的企业难以进入市场的情况。商务部在其2012年5月附条件批准谷歌收购摩托罗拉移动的公告中,^⑧就不仅考虑到这个交易可以使谷歌取得摩托罗拉移动在智能手机领域的多项核心专利,由此在该领域获得强大的软硬件开发和集成能力,^⑨从而可能在无线通讯标准必要专利许可市场施加不合理的交易条件,排除、限制竞争;而且还考虑到谷歌在与移动智能终端制造商的交易中,有动机、有能力给予摩托罗拉移动比较优惠的待遇,例如最先向摩托罗拉移动提供其最新开发的安卓系统,由此导致与摩托罗拉移动开展竞争的其他手机生产商处于不利的竞争地位,或者提高新企业进入市场的难度。通过这样的经济分析,商务部对这个集中申报做出了与欧盟委员会和美国司法部不同的决定,即对该交易附加了限制性条件。2014年4月附条件批准的微软收购诺基亚设备和服务业务以及2015年10月附条件批准的诺基亚收购阿尔卡特朗讯股权等案件的公告中,商务部也

^⑤ 商务部公告[2012]第35号, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201206/20120608181083.shtml>.

^⑥ 参考 Freshfields Bruckhaus Deringer, Antitrust Developments in the PRC in 2012, <https://sites-freshfields.vulturev.com/66/4132/downloads/freshfields-briefing---antitrust-developments-in-the-prc-in-2012.pdf>, P. 6.

^⑦ 见商务部公告[2011]第90号, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201112/20111207874274.shtml>.

^⑧ 商务部公告2012年第25号, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201205/20120508134324.shtml>.

^⑨ 公告指出,谷歌的安卓系统在中国移动智能终端操作系统约占74%的市场份额。

都考虑到这些交易对下游企业可能产生的封锁效应。这些案件说明,鉴于中国是一个智能手机生产大国,反垄断执法机关尤其重视无线通讯领域排除、限制竞争的问题,从而在经营者集中的批准决定中附加限制性条件,要求权利人依据公平、合理和无歧视的原则许可其必要专利。

三、集中控制程序的新发展

(一)概述

我国《反垄断法》中的集中审查程序,很大程度上借鉴了德国《反对限制竞争法》和欧盟竞争法的规定。根据《反垄断法》第21条,达到国务院申报标准的经营者集中应事先申报,未申报的不得实施集中。根据第25条和第26条,执法机关收到全面的申报材料之日起30日内,对申报的经营者集中进行初步审查;当事人在30日内未得到通知的,应视为得到了批准。如果执法机构认为经营者集中有严重限制竞争的可能性,它应当通告当事人该申报进入第二审查阶段。第二审查阶段期限为90天,特殊情况下可再延长60天。

理论上说,如果98%的经营者集中得到了无条件批准,这说明绝大部分申报了的经营者集中对市场竞争没有损害,从而应当在集中的初步审查阶段得到批准。然而,现实情况是,由于商务部反垄断局人力资源严重不足,而且很多案件要征求国务院相关部委的意见,^③再加上复杂案件和简易案件均按照统一的标准进行审查,结果就是大部分案件的审查决定是在第二审查阶段作出,时间需要四个月或者五个月,甚至出现过临近审查期结束还要求当事人补充申报材料的情况。因为处于申报和审查的经营者在经济上处于极不稳定时期,当事人的税务、财务、人事、企业管理以及其他很多事务都会随时发生变化,这个时间拖得越长,它们在经济上的损失就越大,甚至也给交易第三方带来不利的影响。这种情况下,有些参与集中的经营者考虑到申报后审查的时间太长,就宁可不申报而被处以罚款,也不愿意让企业长期处于不稳定的状态。^④正是因为经营者集中审查的时间太长受到企业和律师界的批评,而且审查期太长也给执法机关带来了很大的负担,为了加快案件审查速度,减少申报人不合理的申报成本,商务部在经营者集中审查程序方面最重要的改革就是顺应国际趋势,特别是借鉴欧盟委员会的经验,引进了简易案件快速审查机制。

程序方面另一重大改进是从2012年第四季度起,商务部反垄断局开始公告无条件批准的经营者集中,公告的内容包括案件名称和参与集中的经营者。因为《反垄断法》第30条只是规定,反垄断执法机构应当将禁止经营者集中的决定或者附加限制性条件的决定及时向社会公布,而没有规定无条件批准的集中也应当向社会公告,因此这个内容的公告也是经营者集中控制程序的一个重要发展。

(二)简易程序的快速审查机制

2014年2月11日,商务部发布了《关于经营者集中简易案件适用标准的暂行规定》。^⑤根据这个规定,下列情形的经营者集中可视为简易案件:(1)参与横向集中的经营者的市场份额共计不足15%;(2)参与纵向集中的经营者在上下游市场的份额均不足25%;(3)参与非横向或非纵向集中的经营者在与交易相关的市场份额均不足25%;(4)在境外设立的合营企业不在境内从事经营活动;(5)收购境内没有经营活动的境外企业的股权或资产;(6)两个以上经营者共同控制的合营企业通过并购被其中一个经营者所控制。

上述简易案件的认定标准是商务部几年来控制经营者集中的经验总结,而且很大程度上也是借鉴了欧

^③ 如商务部关于可口可乐并购汇源一案的决定中指出,“立案后,商务部对此项申报依法进行了审查,对申报材料进行了认真核实,对此项申报涉及的重要问题进行了深入分析,并通过书面征求意见、论证会、座谈会、听证会、实地调查、委托调查以及约谈当事人等方式,先后征求了相关政府部门、相关行业协、果汁饮料企业、上游果汁浓缩汁供应商、下游果汁饮料销售商、集中交易双方、可口可乐公司中方合作伙伴以及相关法律、经济和农业专家等方面意见。”见商务部公告[2009]第22号, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/200903/20090306108494.shtml>,最后访问日期:2016年11月28日。

^④ See US China Business Council; Competition Policy & Enforcement in China, <https://www.uschina.org/reports/update-competition-policy-enforcement-china>; Skadden; China Merger Control: New Carrots and a Bigger Stick, <http://www.skadden.com/insights/china-merger-control-new-carrots-and-bigger-stick>.

^⑤ 商务部《关于经营者集中简易案件适用标准的暂行规定》, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/c/201409/20140900743277.shtml>.

盟委员会的相关经验。欧盟委员会2005年就发布了《关于处理某些集中案件的简易程序的通告》。^③经过近10年的实践,委员会还认识到简易程序的适用可扩大到没有限制竞争问题的其他并购案件,因此自2014年起实施了一个新的简易程序。^④根据新的简易程序,如果参与横向并购的经营者的市场份额合计不足20%,或者参与纵向并购的经营者各自在上下游市场的份额均不足30%,或者虽然参与横向并购的经营者的市场份额合计达到20%至50%之间,但合并前后相比增加的市场份额不大,这些并购都可以适用简易程序。根据委员会发布的信息,新的简易程序可适用于全部申报案件的60~70%。^⑤商务部《关于经营者集中简易案件适用标准的暂行规定》的适用范围显然没有欧盟委员会新的简易程序的适用范围广,但是因为中国反垄断执法时间还不够长,案件审理尚处于初期阶段,相关经验还不够很丰富,这个简易案件的适用范围比较符合国情,也比较稳妥。

因为《暂行规定》只是规定了什么样的集中可被视为简易案件,而没有规定简易案件如何适用简易程序,商务部反垄断局于2014年4月18日发布了《关于经营者集中简易案件申报的指导意见(试行)》。^⑥根据《指导意见》,参与集中的当事人可在正式申报前就拟申报的交易是否属于简易案件等问题向反垄断局申请商谈,但申请商谈不是简易案件申报的必经程序。对符合简易案件标准的经营者集中,申报人可申请作为简易案件。但是,即便符合简易案件标准的经营者集中,如果申报人未申请作为简易案件申报,它得仍作为非简易案件申报。

与非简易案件申报相比,简易案件申报的程序没有重大变化,但申报的内容有了简化。即提交参与集中的经营者的基本信息仍然是必要的,这包括填写申报书、提交集中协议、提供参与集中的经营者上一会计年度的财务会计报告等,此外也得说明集中对相关市场竞争的影响,包括集中交易的概况、相关市场界定、参与集中的经营者在相关市场的份额、主要竞争者及其市场份额、集中对相关市场竞争影响的评估及依据等,但申报人不必按照2009年发布的《经营者集中申报办法》说明参与集中的经营者对市场的控制力、市场集中度、市场进入、行业发展现状以及集中对市场竞争结构、行业发展、技术进步、国民经济发展、消费者以及其他经营者的影响等问题。^⑦

根据《指导意见》,经反垄断局的审核,符合简易案件标准的经营者集中可按简易案件立案,不符合这个标准的集中仍得按照非简易案件重新申报。此外,申报人申报时应填报《经营者集中简易案件公示表》。简易案件经商务部反垄断局立案后,申报人填报的《公示表》得在商务部反垄断局网站进行10天公示。公示期内,任何单位和个人均可对公示的案件是否应被认定为简易案件向反垄断局提交书面意见。如果第三方认为公示的案件不是简易案件,他应在公示期内向反垄断局提出异议,并提供相关证据和联系方式。

引进简易案件申报程序不仅大幅度减少了参与集中的经营者需要申报的信息,从而减轻了企业申报负担,而且作为简易案件的申报一般可在立案后30天内作出决定,^⑧这就大大加快了案件审查速度。商务部公告的第一个简易案件申报,是2014年5月22日公示的罗尔斯-罗伊斯控股公司拟收购罗尔斯-罗伊斯动力系统控股公司单独控制权,据悉这个经营者集中从立案到批准仅19天时间。^⑨2014年商务部公告的简易

^③ See Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004 (2005/C 56/04).

^④ See Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004, (2013/C 366/04), [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52013XC1214\(02\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52013XC1214(02)).

^⑤ European Commission — Press release — Mergers: Commission cuts red tape for businesses, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-13-1214_en.htm,最后访问日期:2016年12月22日。

^⑥ 《关于经营者集中简易案件申报的指导意见(试行)》, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/c/201404/20140400555353.shtml>.

^⑦ 《关于经营者集中简易案件申报的指导意见(试行)》, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/c/201404/20140400555353.shtml>.

^⑧ 《关于经营者集中简易案件申报的指导意见(试行)》没有说明简易案件申报后的审查程序,例如需要多长时间可以得到批准,审查中是否和非简易案件一样需征求其他部门的意见,等等。

^⑨ Davis Polk, China Antitrust Review 2014, January 28, 2015.

案件大约 71 件,其结果就是 2014 年在初步审查阶段的审结率比 2013 年提高了 32%。^④ 由于简易案件的申报相当程度上缩短了经营者集中的审理时间,这也有助于提高商务部的审查速度和效率。例如,商务部反垄断局 2015 年上半年收到的集中申报 160 件,比 2014 年同期增长 55%;立案 169 件,比 2014 年同期增长 46%;做出决定 156 件,比 2014 年同期增长 33%。^⑤ 简易案件程序的效果在 2016 年尤其显著。据悉,这一年作为简易案件的申报占全部申报案件的 76%,其中 98.6%的案件在初步审查阶段结项。简易申报由此也大大提高了商务部审理集中申报的整体进度。据统计,2016 年商务部审结的 395 件集中申报中,324 件在初步审查阶段的 30 天内结项,它们占全部审结案件的 82%,较 2015 年提高了 8 个百分点。^⑥ 此外,作为简易案件申报的集中因为需要在商务部网站进行公示,向社会征求意见,公示的内容包括交易概况、参与集中的经营者简况和简易申报的理由,这就使相关利益人有机会了解这些案件的情况,由此也提高了经营者集中审查的透明度。

(三)无条件批准的集中向社会公告

反垄断执法应有透明度,特别是应当向社会公告执法机关所审理的案件,案件决定所依据的事实和法律。因为只有透明执法,人们才有可能对执法机关的执法活动进行监督,交易当事人以及相关第三方才有可能及时获得法律救济的机会。经营者集中审查的透明度尤其重要,因为申报的集中很多涉及跨国公司,这些集中往往同时也在美国、欧盟以及其他反垄断司法辖区进行了申报,即案件的影响很大。因此,《反垄断法》没有规定无条件批准的集中也应向社会公告就存在问题:第一,如果这些案件不向社会公告,人们如何监督和评估执法机关的这部分执法活动?事实上,执法机关对经营者集中无条件批准的决定与其他类型的决定一样,不能保证执法机关执法工作的正确性。如果这样的决定不正确,例如无条件批准了不该批准的集中,这个决定就可能对市场竞争产生不利的影 响。第二,因为企业并购是企业扩大规模和提高市场竞争力的重要手段,错误的批准决定对交易当事人的竞争对手就会产生严重的不利影响。2006 年,苏泊尔公司准备向法国 SEB 集团出售其 61%的股份时,就受到爱仕达等 6 家五金制品企业的强烈反对。反对者提出,如果 SEB 集团取得对苏泊尔的控制权,它可能垄断中国的炊具生产市场。^⑦ 这说明,并购交易对市场上的其他企业也有重大影响。然而,如果执法机关无条件批准的决定可以不向社会公告,交易当事人的竞争对手自然就不能及时获悉相关信息,从而也不能及时寻求法律救济。因此,商务部自 2012 年第四季度开始向社会公告其无条件批准的经营者集中,这是提高透明度的重要体现。^⑧ 然而,因为这方面公告的信息仅包括案件名称、参与集中的经营者和结案时间,这说明提高这方面的透明度还有很大的空间。

(四)未依法申报的行政处罚

2011 年年底,商务部公布了《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》。据此,任何单位和个人都有权向商务部举报涉嫌未依法申报的经营者集中。举报采用书面形式,并提供举报人和被举报人的基本情况、涉嫌未依法申报经营者集中的相关事实和证据等。商务部应当进行必要的核实,对有初步事实和证据表明存在未依法申报嫌疑的经营者集中应当立案,并书面通知被调查的经营者。被调查的经营者应当在立案通知送达之日起 30 天内,向商务部提交与被调查交易是否属于经营者集中、是否达到申报标准、是否已经实施且未申报等有关文件和资料。商务部应自收到符合规定的文件、资料之日起 60 天内,对被调查的交易是否属于未依法申报完成初步调查;在 180 天内,完成进一步的调查。在进一步调查阶段,商务部应按照《反垄

^④ 尚明:《做好经营者集中反垄断审查工作 维护市场公平竞争》,载《中国竞争法律与政策研究报告 2015 年》,法律出版社 2015 年版,第 5 页。

^⑤ 《国内财经》报道:商务部上半年收到反垄断申报 160 件,同比增 55%,<http://news.cnfol.com/guoneicaijing/20150721/21134111.shtml>,最后访问日期:2016 年 12 月 28 日。

^⑥ 见中国新闻网报道:商务部 2016 年反垄断立案审结案件均创新高,<http://www.chinanews.com/cj/2017/01-05/8115031.shtml>,最后访问日期:2016 年 12 月 28 日。

^⑦ 《搜狐财经》报道:中国 6 家炊具企业联手 抵制法国公司并购苏泊尔,<http://business.sohu.com/20060901/n245111795.shtml>,最后访问日期:2016 年 12 月 28 日。

^⑧ 见商务部反垄断局 2012 年 11 月 15 日信息:“为加强政务公开,将按季度向社会公布无条件批准案件的相关信息”,<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/zcfb/201211/20121108437868.shtml>,最后访问日期:2016 年 12 月 28 日。

断法》及《经营者集中审查办法》等相关规定,对被调查的交易是否具有或者可能具有排除、限制竞争效果进行评估。根据《暂行办法》第13条,经调查认定被调查的经营者未依法申报而实施集中的,商务部可处50万元以下的罚款,并可采取以下措施责令其恢复到集中前的状态:(1)停止实施集中;(2)限期处分股份或者资产;(3)限期转让营业;(4)其他必要措施。商务部进行罚款或者采取措施的时候,应考虑经营者未依法申报行为的性质、程度、持续时间以及它对竞争的影响等各种因素。

也许因为快速审查机制很大程度减轻了企业的申报负担,商务部自2014年12月开始处罚该申报而未申报的参与集中的经营者,2016年对未依法申报的6起经营者集中作出了处罚决定。^④ 商务部首次在这方面的行政处罚是针对紫光集团收购锐迪科的未依法申报,惩罚的力度是行政罚款30万元。^⑤ 紫光集团收购锐迪科是国有企业进行的一个海外收购,交易完成于2014年年初,收购价格9.07亿美元。有人分析说,这个并购未事先申报有两个原因,一是商务部审查集中的时间太长,甚至长达6个月左右,如果进行申报和等待批准,这会延误交易的交割;二是这个并购对国内市场竞争没有排除、限制竞争的影响,如果铤而走险不申报,最终不过50万元以下的罚款了事。^⑥ 这说明,《反垄断法》对违法实施的经营者集中规定罚款50万元以下,可能对违法集中的经营者没有很大的威慑力。不过,对未依法申报的经营者进行行政处罚毕竟要进行社会公告,即便几十万元的罚款对企业算不上什么,社会公告的行政处罚对企业的信誉还是有一定杀伤力,因此,商务部对未依法申报的经营者进行处罚的决定不仅有助于提高反垄断法的权威,而且也有助于提高经营者的守法意识。

(五)未履行承诺的行政处罚

2014年12月4日,商务部发布了《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》。批准决定中附加限制性条件是为了消除集中对竞争的不利影响,因此,这个规定具有实体法的性质。例如《规定》第3条指出,为减少集中对市场竞争的不利影响,商务部对不予禁止的集中可附加以下三类限制性的条件:(1)剥离有形资产、知识产权等无形资产或相关权益等结构性条件;(2)开放网络或平台等基础设施、许可关键技术(包括专利、专有技术或其他知识产权)、终止排他性协议等行为性条件;(3)结构性条件和行为性条件相结合的综合性条件。此外,这个规定中也有很多程序性的内容,如第5条规定,附加限制性条件的建议原则上应当由申报方提出;第6条规定,申报方在规定期限内未提出附条件建议的,或者提出的附条件建议不足以减少集中对竞争产生的不利影响,商务部应禁止该项集中;第7条规定,申报方在规定期限内提出附条件建议的,商务部应与申报方进行协商,对附条件建议的有效性、可行性和及时性进行评估,并将评估结果通知申报方;第8条规定,为评估所附条件能否解决集中对市场竞争产生的不利影响,商务部应征求相关政府部门、经营者和消费者的意见,并将附加限制性条件的审查决定向社会公告。根据第25条,附加限制性条件的审查决定生效后,商务部可以对限制性条件进行重新审查,变更或者解除限制性条件。根据第29条,参与集中的经营者如果违反审查决定,商务部应责令限期改正;情节严重的,应责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态,并可处50万元以下的罚款。

就在上述规定发布的前两天,商务部于2014年12月2日对西部数据以下两个行为分别作出了行政处罚:一是未经批准将Viviti公司的美国子公司HGST转移到自己旗下,成为西部数据科技公司的全资子公司;二是2013年1月撤销了Viviti/HGST公司发展部门,并将其有关员工转移至西部数据任职。根据这两个公告,西部数据的这两个行为违反了商务部2012年3月2日《关于附加限制性条件批准西部数据收购日立存储反垄断审查决定的公告》^⑦第4部分第(1)项关于“维持Viviti公司交易前状态,确保Viviti公司维持

^④ 见中国新闻网报道:商务部2016年反垄断立案审结案件均创新高, <http://www.chinanews.com/cj/2017/01-05/8115031.shtml>, 最后访问日期:2016年12月20日。

^⑤ 商务部行政处罚决定书(商法函[2014]788号), <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201509/20150901124995.shtml>, 最后访问日期:2016年12月20日。

^⑥ 见OFweek电子工程网:《紫光接受商务部对其违规收购锐迪科的处罚》, <http://ee.ofweek.com/2014-12/ART-8120-2801-28912333.html>。

^⑦ 商务部公告[2012]第9号, <http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201203/20120307993758.shtml>。

独立的法人地位并独立开展业务”的规定。^④ 商务部依据《反垄断法》第 48 条和第 49 条的规定,对西部数据这两个违法行为分别处以 30 万元的行政罚款,此外还依据《行政处罚法》第 23 条,要求它在这两个行政处罚作出之日起 45 天内,采取其承诺的措施改正其违规行为。

商务部对西部数据作出的两个行政处罚决定是它首次依据附条件批准的经营者集中决定而作出的处罚,也即是因为附条件批准的经营者违反其向反垄断执法机关所作的承诺。与未依法申报的经营者受到的行政处罚一样,即便这几十万元的罚款对违法的经营者来说可能算不上什么,然而因为向社会公告了的行政处罚书对企业的信誉有一定杀伤力,商务部对不履行承诺的经营者进行的处罚决定就有助于提高反垄断法的权威,也有助于提高经营者的守法意识。^⑤

四、当前尚存在的问题

商务部执行反垄断法和实施经营者集中控制虽然仅仅八年,但其成果显著,这不仅表现为它在权限范围内审理了很多案件,很多是国内外有影响的大案,而且通过案件审理也积累了相当多的实践经验,并在这些实践经验的基础上完善了中国反垄断立法。更重要的是,我国近 40 年改革开放的经验已经证明,要维护市场的竞争性,就应当防止过度的经济集中,国家就应当对经营者集中实行控制。因此,商务部实施的经营者集中控制有助于我国建立有效竞争的市场结构,有助于维护我国市场的竞争秩序,也有助于提高全社会特别是企业的反垄断意识,提高国家的竞争文化。然而,反垄断法在我国是一个全新的法律制度,加上我国经济体制尚处于转轨阶段,商务部的反垄断初期执法就不免还存在一些问题,这个执法队伍还面临着严峻的挑战。

(一)集中审查中的非竞争因素

我国《反垄断法》授权执法机关在审查经营者集中时可以考虑一些非竞争因素,例如“社会公共利益”和“国民经济的发展”。^⑥ 商务部迄今作出的决定虽然尚未使用过“社会公共利益”或者“国民经济的发展”等字眼,但有些案件如果考虑竞争政策可能是得不到批准的,那就说明这些案件的审理考虑了产业政策。例如,中国南车和中国北车两大国有轨道交通装备公司除得到了国资委、证监会等机构的批准,2015 年 4 月 3 日还通过了商务部反垄断局经营者集中的审查。^⑦ 这两个企业合并的结果是,新组建的中国中车集团占据了国内国内轨道车辆市场的全部份额,市场销售额可达 2240 亿元。^⑧ 中国南车和中国北车合并的背景是,合并前它们是竞争对手,国内外招投标往往相互竞价,特别是海外招投标中相互竞价会导致企业利润低下,因此这个合并有助于中国企业在国际市场上与美国、欧洲和日本的企业开展竞争。笔者不反对政府实施产业政策,更不反对政府推进中国企业走向国际市场。但是,政府推进国有大企业实行“垄断和集中”的产业政策时,也应当考虑国内市场竞争的需求。中国南车和中国北车是上世纪 90 年代由铁道部下属的一个大型国有企业分割而成,分割的目的是促进国内市场的竞争。这说明,尽管推动国内大企业走向国际市场是必要的,但维护国内市场的竞争性在推动国有企业提高经济效率方面仍然是一个非常重要的因素。这里有必要说明的是,企业合并的好处往往短期内就可以看到,但其坏处则往往经过很长时间才能表现出来,这里存在一个短期合理化和长期缺少竞争机制的矛盾。此外,政府产业政策比较注重生产者的利益,随之也比较轻视消费者的利益,而消费者的利益只能市场有效竞争的条件下才能得到保护。因此,经营者集中控制应当从维护有效竞争的原则出发,以合理化为由的并购仅当这个合理化没有完全窒息竞争且合理化具有长期效益的条

^④ 商务部行政处罚决定书(商法函[2014]787号),<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201509/20150901124994.shtml>;商务部行政处罚决定书(商法函[2014]786号),<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201509/20150901124992.shtml>。

^⑤ 2014 年 3 月西部数据提出解除 2012 年第 9 号公告第(1)、(2)项义务的申请。因其当时有两项行为涉嫌违反《公告》而被立案调查,该申请未予受理。2015 年 1 月 30 日,在西部数据违反《公告》的行为处理完毕后,商务部正式受理并启动了对其申请的评估工作,并于 2015 年 10 月 19 日发布了《关于变更西部数据收购日立存储经营者集中限制性条件的公告》,见<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201510/20151001139040.shtml>,最后访问日期:2016 年 11 月 20 日。

^⑥ 见《反垄断法》第 27 条和第 28 条。

^⑦ 商务部反垄断局出具了《审查决定通知》,见商反垄断审查函[2015]第 19 号。

^⑧ 见《新京报》2015/4/7:合并通过双审,南北车今日复牌。

件下才应当得到批准。

当然,另一方面,随着新技术和新产品的开发,许多经济领域包括电信、汽车制造、飞机制造、大型船舶、大型机械、计算机、药品和家用电器等市场的国际化趋势十分明显。这种情况下,企业的市场份额就不应当仅仅根据国内市场进行计算,还应当考虑它在国际场所占的份额和地位。这即是说,分析企业市场力的时候,还应当考虑国际竞争关系,即企业需要什么样的财力和技术条件才有资格参与国际竞争。这种情况下,如何让反垄断执法机关在保护国内市场竞争和推动企业参与国际市场竞争两者之间做出选择?因为经济是非常复杂的,无论从现实出发还是从发展的眼光看,竞争政策同社会公共利益或者整体经济利益都有冲突的可能性。一个比较灵活的做法是给执法机关留有余地,使它在竞争政策和产业政策发生冲突时有选择的机会。但另一方面,反垄断执法机构应当谨慎执行产业政策,否则它就不可能认真执行国家的竞争政策,特别是我国的大政方针要使市场在资源配置中起决定性的作用,竞争政策就应当成为维护我国市场经济秩序的基本政策。这种情况下,产业政策的运用应当成为反垄断执法中的例外情况,执行竞争政策应当在反垄断执法中常态化。例如,就南车和北车并购一案来说,执法机关除了考虑国际竞争,还必须考虑的一个问题是:南车和北车的产品在国内市场是否还有很多买方?南车和北车并购后是否可能在国内市场出现涨价的动机?

(二) 执法的独立性不足

反垄断执法的独立性是指执法机关能够独立执行反垄断法和竞争政策,即其正常的执法活动不应受到其他政府部门的干扰。反垄断执法机关应当有其独立性,因为它查处的案件一般在社会上的影响很大,甚至涉及整个市场或者整个行业。这种情况下,如果执法机关没有足够大的独立性,没有足够高的权威,它的审案工作就不可避免地会受到其上级政府或与案件相关的其他政府机构的影响。

由于我国经济体制仍然处于转型阶段,特别是大型国有企业处于政府的监管之下,反垄断执法机关审理涉及大型国有企业的案件时往往缺乏独立性。除了前面讨论的2015年中国南车和中国北车的合并外,2008年10月发生的中国联通和中国网通之间的并购也是人们经常讨论的一个话题。中国联通2007年的营业额1004.7亿,中国网通869.2亿,并购金额高达4千多亿港元,但这两个巨型企业在反垄断法生效后的并购没有按照规定事前向商务部进行申报。^④特别需要指出的是,尽管很多媒体指出这个并购没有进行申报,商务部也没有依照《反垄断法》第47条的规定对这个没有申报的并购进行追究,这说明商务部在处理这个案件的问题上缺乏独立性。近年来,中央政府一个明显意图是在铁路、电力、IT等领域推进国内大企业对该市场的集中和垄断,目的是便于它们进军海外市场,扩大产品出口。如果商务部反垄断局面对国资委、发改委等机构主导的经营者集中缺乏独立性,其后果就是不仅不能依照反垄断法审查这些经营者集中,这些国有大企业的并购或者重组甚至不需要依照反垄断法的规定事先进行申报。然而,如果商务部作为控制经营者集中的反垄断执法机关,而不能审查由国资委等机构批准的国有大企业之间的并购,这将会损害反垄断法的效力和权威,而且也会影响国家全面实行依法治国和建立法治国家的方略和信心。

世界银行2002年的报告建议,为提高反垄断执法的独立性,这个执法机关的主席最好由国家议会任命,有其独立的财政预算。根据该报告对50个发达国家的调查,63%的国家有其独立的反垄断执法机构,即该机构不属于任何政府部门。^⑤就我国体制而言,建立一个不隶属于任何政府部门的反垄断执法机构是不可能的,但这并不意味我国没有提高反垄断执法机关独立性的措施。我国反垄断法一个重大缺陷是其管辖权分为国家发展和改革委员会、商务部和国家工商行政管理总局三个部门,这三足鼎立的反垄断行政执法的致命弱点是,真正执行反垄断法的机构均隶属国务院部委下面,级别不够高,权威不大。因此社会上强烈呼吁,为了发挥反垄断法应有的效力,为了更好地规范市场竞争秩序,国务院应早下决心,尽早将三个反垄断行政执法机构整合为一个统一的机构。^⑥

(三) 执法资源不足

徒法不足以自行。反垄断法的效力相当程度上取决于它的执法机关,反垄断执法机关的效力则相当程

^④ 王毕强:《商务部官员证实联通网通合并涉嫌违法》,载《经济观察报》2009年4月30日。

^⑤ World Bank World, Development Report 2002, Building Institutions for Markets, p. 142.

^⑥ 王晓晔:《我国反垄断执法机构的几个问题》,载《东岳论丛》2007年第1期。

度上取决于它的执法资源。因此，国家应当为反垄断执法机关配置数量适当的人员和财力。我国反垄断法需要相当的执法资源，这不仅因为这部法律的适用范围广，可以适用于几乎所有的行业和所有的企业，而且还因为我国疆域辽阔，有着世界上最广阔的市场。因此，理论上说，我国反垄断执法资源不应当少于其他任何国家和地区的反垄断执法机关。

在我国三家反垄断执法机关中，商务部反垄断局是最大的机构，有 30 多人。但是，考虑到现在每年审理 300 多个集中申报，可以想见反垄断局的工作负担和压力。由于人力资源严重不足，过去有很多并购案件不得不延长了审查期。现在随着简易案件快速审查机制的使用，案件的平均审查期缩短了，但是随着透明度的要求提高，反垄断局的执法压力仍然很大，而且可以想见会越来越大。当然，反垄断执法资源的改善不可能一蹴而就，但这需要国家高度重视，因为执法资源的改善不是执法机关本身能够解决的问题。

（四）反垄断法本身还有很多待完善的问题

经营者集中控制在中国已经实施了 8 年有余。通过商务部及其反垄断局一系列的立法活动，经营者集中控制的实体法和程序法有了很大改善，然而实践中还有很多值得进一步改善的地方，例如下面几个问题。

1. 解释“取得控制权”等概念

反垄断法的“企业并购”或者“经营者集中”是指一个企业通过某种方式能够对另一企业施加支配性的影响，“取得控制权”从而便成为认定经营者集中的核心问题。比如，参与并购的两个企业的市场销售额虽然共计达到了国务院发布的《关于经营者集中申报标准的规定》，但是如果取得企业只取得被取得企业 5% 的股份，人们一般很难认定这两个企业间发生了控制权转移或者一个能够对另一个施加支配性的影响。就资产并购来说，如果一个企业取得另一企业的控制权，它一般应当取得 50% 以上的资产。就取得足够数量有表决权的股份来说，在企业股份处于市场流通的情况下，一个企业一般不需要取得另一企业 50% 的股份就可以对之施加支配性影响，因此法律上应当对可施加支配性影响的股份提出一个量化标准，以提高法律透明度，使企业能够对其法律行为的后果有可预见性。例如《德国反对限制竞争法》第 37 条第 3 款规定，如果一个企业取得另一企业 50% 或者 25% 的资本或者有表决权的股份，这两个企业可被视为发生了合并。^⑦ 我国反垄断法至今还没有一个关于控制权的规定，参与并购的企业及其律师们都急迫地想知道，一个企业取得另一企业多少股份就可以避免出现“取得支配权”的问题。这里虽然不存在一个刚性的规定，但是如果有了这方面明确的规定，执法机关就可以对那些虽然达到申报标准但没有取得控制权的集中采取快速审查机制，这一方面可以减轻企业的申报负担，缩短审查时间，另一方面也可以减轻执法机关的审查负担，提高执法效率。^⑧

2. 量化市场集中度

商务部发布的《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》指出，“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。”商务部已经在很多案件使用 HHI 指数来说明相关市场的集中度。例如在 P3 网络一案指出，这个合营企业的建立导致欧—亚航线集装箱班轮运输服务市场的“HHI 指数从 890 提高到 2240，HHI 增量为 1350”，由此说明了相关市场的结构发生了实质性的改变。^⑨ 但是，我们应当学习美国和欧盟反垄断执法的经验，即通过量化的 HHI 指数说明市场集中度及其对市场竞争的影响，以便提高反垄断执法的透明度，提高参与并购的企业对案件后果的可预期性。例如，美国司法部和联邦贸易委员会依据 HHI 指数，一般将市场集中度分为低度、中度和高度三种类型：HHI 指数不足 1500 的是低集中度，HHI 指数 1500 至 2500 之间的为中集中度，HHI 指数 2500 以上的为高集中度，并在此基础上考察并购导致 HHI 指数发生变化的情况，以此分析横向并购是否可能引起竞争关注的问题。例如，导致相关市场

^⑦ See German Act against Restraints of Competition, § 37(3), updated in July 2014.

^⑧ 参见叶军：《经营者集中法律界定模式研究》，载《中国法学》2015 年第 5 期。

^⑨ 商务部公告[2014]第 46 号，<http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201406/20140600628586.shtml>.

HHI 指数增幅不足 100 点的横向并购,一般不具反竞争的效果。^⑩ 依据 HHI 指数确定的市场集中度及其对市场的影响虽然不是刚性的,但它为分析横向并购的竞争影响提供了一个重要的方法。

3. 明确豁免的几种情况

商务部发布的《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》第 12 条规定,审查经营者集中除考虑《反垄断法》第 27 条规定的“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”等各种因素,还应综合考虑集中对公共利益的影响、对经济效率的影响、参与集中的经营者是否为濒临破产的企业、是否存在抵消性买方力量等因素。因为这里提及的“经济效率”、“濒临破产的企业”与《反垄断法》第 27 条和第 28 条提及的“社会公共利益”和“国民经济的发展”有密切的关系,这个规定从而也发展了反垄断法。例如,执法机构可以基于经营者集中实现的生产合理化,或者有利于提高企业的经济效率和市场竞争力等理由而批准一些具有限制竞争影响的经营者集中。然而,为了提高执法透明度,执法机关应当通过指南或者指导意见对“社会公共利益”、“经济效率”、“濒临破产的企业”以及“抵消性买方力量”等概念作出解释。

其实,“经济效率”和“破产企业”等概念与产业政策有着密切的联系。例如,考虑经营者集中所产生的经济效率,这很难说不是出于产业政策。美国也很注重对与破产企业相关的并购活动给予豁免,这一方面是出于市场竞争的考虑,因为这样的并购一般不会产生市场势力;另一方面也是出于产业政策,因为这种合并有利于推动企业的重组活动。但是,考虑这些因素应注意的问题是,被豁免的企业并购不能严重影响市场竞争。美国反托拉斯执法机关虽然也考虑企业合并中的经济效率,但它强调这是企业并购所特有的效率,是可以认知的效率,即这些效率不是因为并购后成为垄断性企业在产品或服务方面实施的限制竞争。美国司法部和联邦贸易委员会联合发布的《横向合并指南》明确指出,如果一个合并导致垄断或者近乎导致垄断,合并产生的效率不具有合理性。^⑪

4. 对违法行为加大处罚

违法实施的经营者集中一般有以下几种情况:(1)该申报未申报的集中;(2)申报后未得到批准前实施的集中;(3)申报中提供虚假信息骗取了执法机关的批准;(4)附条件批准的经营者不履行其向执法机关所作的承诺。实践中出现的违法行为主要涉及(1)和(4)。应当说,这些违法行为在性质上都很严重,因为这是公然蔑视法律,扰乱市场经济秩序和竞争秩序。根据《反垄断法》第 48 条,经营者违反本法规定实施集中的,由反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态,可以处 50 万元以下的罚款。

然而,为了对违法行为的行政处罚具有经济意义,即一方面惩罚违法行为,另一方面警示其他经营者,各国反垄断法一般对违法的经营者集中与其他违法的限制竞争行为一样,规定了数额较大的罚款。例如,德国《反对限制竞争法》规定的行政处罚为 1000 万欧元以下,^⑫ 欧盟理事会关于控制经营者集中的第 139/2004 号条例规定最高罚金不超过相关企业市场销售额的 10%。^⑬ 我国《反垄断法》规定的行政处罚是 50 万元以下,且大部分涉案企业的罚款不足 50 万元,很多仅仅 15 万元或者 20 万元,这样幅度的罚款何谈威慑?还应该想到的是,在经营者违法实施合并或者违反承诺的情况下,恢复原状或者拆分企业事实上都是很难办的事情,因为这涉及企业组织结构的重大调整。这种情况下,对违法企业征收罚金可能就是最重要的救济手段。商务部近年来虽然处罚了几个未申报集中的经营者,但事实上国内企业之间的并购还有相当一部分没有向商务部进行过申报。这种情况下,我国反垄断法有必要加大对违法集中的制裁力度,以提高反垄断法的权威性和提高经营者的守法意识。

^⑩ Horizontal Merger Guidelines, U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission Issued; August 19, 2010, <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>, 最后访问日期:2016年12月3日。

^⑪ 同上注。

^⑫ German Act against Restraints of Competition, § 86a, updated in July 2014.

^⑬ EC Merger Regulation, Art. 14, OJ L 24/1, 29 January 2004.

五、结束语

我国反垄断法实施八年来,商务部在经营者集中控制领域取得了显著成就。特别是由于全球大跨国公司基本都在我国落户,这些企业之间的并购或者涉及这些企业的并购一般不仅得向美国反托拉斯执法机构和欧盟委员会进行申报,而且也得向商务部进行申报,这就使我国反垄断法和美国反托拉斯法、欧盟竞争法一样,成为全球最具影响的反垄断法之一。尽管反垄断执法八年还是一个比较短的时间,但商务部这支反垄断执法队伍已明显取得了令人瞩目的成就。这个成就不仅仅表现为它处理过的一个个案件,更重要的体现是这支队伍处理案件的自信心,例如针对三家欧洲集装箱船运公司之间的 P3 网络紧密合营协议做出的禁止性决定。在这个案件中,很多国家和地区的反垄断执法机构参与了调查,欧盟委员会和美国海事委员会还对这个并购做出了无条件批准的决定,我国商务部为了维护我国的市场竞争秩序,明智地做出了不同于其他执法机构的决定,这个决定是正确的,完全符合我国反垄断立法之目的。

但是另一方面,由于我国经济体制转型的任务尚未彻底完成,加上反垄断法是一个全新的法律制度,我国反垄断初期执法会遇到各种各样的挑战。就经营者集中控制来说,执法机关存在着独立性不够大和执法中不得不考虑某些非竞争因素的问题。作为一支年轻的反垄断执法队伍,商务部反垄断局还存在执法资源不足、经验不够丰富等问题,再加上我国反垄断法本身还存在不完善之处,例如需要完善行政执法的程序法,执法中存在一些问题在所难免。

党的十八大报告提出“更大程度更广范围发挥市场在资源配置中的基础性作用”,十八届三中全会《关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出“使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用”,这都要求国家大力推动竞争政策,努力为企业营造公平自由的竞争环境。从宏观的角度看,国家应努力深化经济体制改革,特别是理顺政府和企业、政府和市场的关系,即政府在市场应作为“中立”的“管理者”,提供“公共服务”。从微观的角度看,反垄断法作为反对垄断和保护竞争的法律制度,它应当有权威,有地位,对各种不合理的限制竞争行为有威慑力,这就需要国家不断完善反垄断法,在反垄断执法资源包括人力、财力以及执法机构组织建设等方面予以大力支持,真正使反垄断法平等适用于市场上所有的企业。因此,反垄断法为推进我国的市场经济秩序和建立优胜劣汰的市场机制方面大有可为,任重而道远。

Abstract: Concentration control regime under China's Anti-Monopoly Law has been implemented over eight years, and achieved a lot. That is reflected not only by the increasingly detailed published MOFCOM decisions, and many international influential cases among them, but also by the MOFCOM's rapidly growing sophistication in analyzing the notified transactions and these practical experiences surely will lead to continued improvement of China's Anti-Monopoly law. However, on the other side, MOFCOM is still confronting with serious challenges, for instance, sometimes it has to consider non-competition factors or lack of independence of law enforcement agency. Additionally, there still exist many shortcomings in Anti-Monopoly Law itself, for instance, the lack of standards or criterias for identifying the possible controlling of the acquired by the acquirer. The China's long-time economic reform for almost forty years has demonstrated that concentration control is essential not only for keeping national economy dynamic, but also for the enhancement of business productivity and consumers' welfare.

Key Words: Anti-Monopoly Law; Concentration Control; Substantive Rule for Concentration Control; Procedure for Concentration Control

(责任编辑:孙 晋)