

8月1日,《中华人民共和国反垄断法》将开始实施。对历经13年始磨一剑的反垄断法,人们当然有理由寄予厚望:自然垄断的电力电信等行业侵害消费者权益的事件能否绝迹,外资“斩首式”并购及滥用市场支配地位行为能否遏制,一纸公文限制人们选择权的事情能否不再发生……

但实施在即,这部法律并不像人们预期的那样。

- 配套规则无一出台
- 多头执法机构协调机制尚不明朗
- 反行政垄断仍是难题



# 反垄断法利剑出鞘在即遭遇尴尬

■ 辛 红

## 40余个配套规则 无一出台

最近,对外经贸大学竞争法中心主任、反垄断法起草小组成员黄勇教授一直在忙于各个反垄断法研讨会,与学界的“热”不同,业界对于这部法律的实施出现了冰火两重天的状态。

“原先在拟订草案时计划在今年8月1日前制定40余个配套规则,迄今为止,无一出台。”中国人民大学法学院教授吴宏伟说,“仅有一个经营者集中申报标准征求意见稿。反垄断法实施在即,如何实施?”

另外,垄断行为是看得见摸得着的,往往以侵害消费者权益为主要表现形式,反垄断法因其不确定性而影响经济结构和产业政策,吴宏伟认为,至今进程滞缓容易让大众误解。

仅有8章57条的反垄断法,被认为极具原则性,诸多方面需要细化,甚至包括每一个概念。

“西方国家对于反垄断不仅有丰富的经验,还有着几十万字的法律文件,有着无数个案例和指南作为反垄断执法的依据。”黄勇说,“专业性和复杂性还将为执法机构带来巨大挑战。”

在他看来,几乎所有的涉嫌违法的限制竞争行为都不能简单地对号入座,每个案例因其产品、行业、服务的不同,都有其特殊性,不仅需要制定大量的条例、部门规章和反垄断指南,执法机构也要有收集数据和了解市场的过程,这都需要很专业的人士来完成。

另外,按照反垄断法规定,我国将实行“二元”执法体制:即国务院设立反垄断委员会负责组织、协调、指导反垄断工作,具体执法由国务院规定的承担反垄断执法职责的机构来进行。但至今反垄断委员会尚未成立,涉及到商务部、发改委和国家工商总局的执法机构也未全部明朗,而机构之间如何协调也是难点。

吴宏伟表示,二元制方案是全世界独一无二的反垄断执法体制,多头执法很容易造成“有利大家管,无利没人管”,像南京冠生园那样,最后居然被罚款了。

“三家执法机构的基础数据的标准是否一致,职责如何划分,法律责任的竞合如何解决,的确都是难题。”黄勇说,“另外,在反垄断法颁布之前,有些行业监管部门依照行业监管的法律、法规,对本行业的竞争秩序负有监管职责,比如铁

道部、银监会、保监会、电监会等,反垄断法与行业监管法规如何协调,以及反垄断法与反不正当竞争法、价格法如何衔接,都急需解决。”

## 跨国公司紧张 国有大企业淡然

反垄断法实施影响最大的将是谁?有人说是跨国公司,有人说是国有垄断大企业,有人说是政府。

记者从几位专家处了解到,咨询最多、对这部法律从制定到实施始终在关注的更多是跨国公司,几乎没有一家国有企业前来咨询。

按照反垄断法规定,该法制定的目的是“保护市场公平竞争,维护消费者利益和社会公共利益”。虽然第七条规定:“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业,国家对其经营者的合法经营活动予以保护”,但是这些企业“不得利用其控制地位或者专营专卖地位损害消费者利益”。

在电力电信、铁路、航空等领域,不乏侵害消费者权益的事件发生,漫游费、火车票退票费、高速公路收费、银行通行费、跨行取款费等费用屡遭质疑,为何国有企业反应淡然?反垄断法对国内企业并购重组和产业政策不会产生任何影响?

一家国有企业副总的观点很有代表性,“美国石油石化也就几家,反垄断法反的是垄断行为,不是规模,它的实施对于国有企业是有利的。”

对此,一直对“电力石油石化没有一家垄断”持批判观点的黄勇认为,“这些都是国家实行准入管制的行业,并且实行非由企业自主定价的价格管制,没有经过充分竞争,怎能称不是垄断呢?”

但他同时表示:“必须承认,西方国家的反垄断法是在成熟的市场经济体制中,市场失灵的情况下,通过这种公权力的介入来矫正市场恢复公平竞争,而我国的反垄断法是在不成熟、不完善的市场经济条件下出台的,竞争不充分使得反垄断法在某些领域的生存基础先天不足。因此对于有些实施行业管制或者价格管制的领域,反垄断法发挥有限,但这并不意味着他们可以得到反垄断法的除外或者豁免。”

如果有达成垄断协议或者滥用市场支配地位的行为,一样受管制。黄勇说,但是对于价

格受管制的企业,价格方面若有侵害消费者权益的,应该由价格法管,除此之外,反垄断法可以管。

“反垄断法是市场化进程中一部里程碑式的法律,尽管它的规定还很原则,也缺乏可操作性,但它向人们彰显了一种趋势:任何企业都要有公平竞争的意识。”黄勇说,预计今后会有很多主体向国有企业、外资企业挑战。

## 诉讼浪潮势不可挡

按照反垄断法规定,“经营者实施垄断行为,给他人造成损失的,依法承担民事责任”,这意味着对于涉嫌垄断行为,利益相关主体除了向执法机构举报外,也可以直接提起诉讼。

黄勇说,“很多企业问怎么办?反垄断诉讼挡都挡不住,只能应对。这对司法机关而言也将是全新的挑战。”

据悉,在国外,反垄断诉讼以及执法机构对涉嫌违法行为的认定都是很谨慎的,其中涉及到大量的技术性的数据分析和经济分析报告,而且不管是

行政提起的调查还是司法诉讼,都要经过漫长的时间,花费大量的人力、物力、财力,最终得出慎重的结论。

记者还了解到,国外没有消费者提起反垄断诉讼,案件要么是行政机关提起,要么是竞争对手提起,只因为这类诉讼不是普通人能耗得起。

业内人士分析,微软、英特尔、利乐都有很大可能成为“第一被告”。

目前,很多企业盯上了微软。互联网实验室董事长方兴东表示,由互联网实验室牵头、联合各领域数十名专家学者组成的项目组完成的《中国高科技领域垄断状况调查报告》即将推出,并希望通过与国内厂商的联合诉讼为反垄断法启蒙。

业内人士分析,此前,欧盟和韩国都裁定微软垄断罪名成立,微软已经按照欧盟要求推出未捆绑媒体播放器的新版视窗操作系统,并向竞争对手公开部分秘密代码,以便他们的产品能够更好地与视窗系统兼容。因此,对于在中国可能的诉讼,难度系数会更高。

一直被竞争对手AMD咬住滥用市场地位的罪名不放的英特尔,恐怕也逃不掉,在韩国、日本、欧洲,甚至是美国本土,AMD都发起了对英特尔的反垄断调查。

而在中国无菌纸包装市场占有绝对优势的利乐,反垄断诉讼的可能性也很大。利乐从1979年进入中国,到2003年其市场份额已经占到80%以上,屡屡被质疑滥用市场支配地位进行搭售等行为。

今年6月,利乐在给中国客户的信中表示,“尽管有关反垄断法的一些具体执行细节尚未公布,但过去几个月来,我们已经开展了一系列工作,对现行的业务政策、经营行为和合同条款进行了深入分析。”并表示,“将确保利乐的经营符合反垄断法的要求。”

专业人士分析,反垄断的背后实质都是跨国公司与竞争对手在各个国家、各个市场展开的较量。

而面对反垄断法的实施,国内垄断企业也将难以幸免,专家分析,“虽然法院是否可以受理还需要最高院出台司法解释,但毕竟将给企业带来压力,并让企业重新认识竞争秩序。”

释,但毕竟将给企业带来压力,并让企业重新认识竞争秩序。”

反垄断法实施之后,政府又将面临什么呢?黄勇表示,在中国,反行政垄断很复杂,从根本上解决不现实。尽管法律只是简单地规定:“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力,实施排除、限制竞争行为的,由上级机关责令改正;反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议”,但这一条也来之不易,至少有了这条规定,人们将予以关注、争论、投诉和挑战。

吴宏伟则直接表示,行政垄断反不了,反垄断法主要是反经济垄断,行政垄断是行政体制改革的内容,很复杂。

在国外被称为“经济宪法”的反垄断法,实施之后到底效果如何?黄勇说,“这部法律在中国现阶段还起不到‘经济宪法’的作用。反垄断法的实施有赖于与市场经济的互动,市场越成熟,反垄断法作用越大。从这种意义上说,反垄断法的实施过程也是人们进一步认识市场经济的过程。”

## 相关链接

# 国家工商总局成立反垄断与反不正当竞争执法局

据最新消息,国务院批准的《国家工商行政管理总局主要职责内设机构和人员编制规定》即俗称“三定”方案,已批准国家工商总局成立反垄断与反不正当竞争执法局。由其职能的设定可以看出,在三大头的国家工商总局,明显地扛起了反垄断执法的大旗。

据消息人士介绍,国家发改委将负责《反垄断法》规定的“价格垄断”审查。商务部负责经营者集中的审查。这位人士表示,三个部门都将在国务院反垄断委员会的协调下开展工作。这个安排是行政调整成本最低的一个方案。

## 反垄断执法按“四化”和“四高”要求厉兵秣马

反垄断法的实施,在我国市场经济发展中具有里程碑的意义。法律的生命在于实施,而执法机构和队伍便是这一举世瞩目的法律实施的重要命脉之一,从相当的程度上决定着法律的启动和运转,运转的效率,运转的方向,达到的实效等等。对此,国家工商总局的决策层有足够的认知,并从执法理念、工作机制、工作方法等方面作出了积极的应对。

“尽管工商行政管理机关积累了丰富的竞争执法的经验,但作为反垄断执法机构,如何面对新形势履行新的使命,仍然任重道远。”国家工商总局公平交易局局长宁望鲁告诉记者,总局局长周伯华提

出的推进“四化”建设(制度化、规范化、程序化、法治化)、按“四高”要求(建设高素质的队伍,运用高科技的手段,实现高效能的监管,达到高质量的服务)依法履行职责,正是切中了工商行政管理机关反垄断执法的命脉。

据宁望鲁介绍,在《反垄断法》颁布后,公平交易局按照“四化”的理念,依从“四高”的要求,立即研究制定了“关于做好《反垄断法》实施准备工作意见”,从执法队伍的培

训、宣传调研、研究有关配套规章或指南、加强国际合作交流等方面提出了具体措施。2007年12月13日至14日,在北京召开的“反垄断法国际研讨会”,联合国贸发会议、经合组织以及俄罗斯、美国、欧盟、日本、韩国、澳大利亚、德国等国家竞争主管机关的专家和官员,全国人大法工委、财经委、国务院法制办的专家和官员、国内反垄断法专家、基层工商执法人员会聚北京,就反垄断法相关问题进行专题研究。取得了积极成果。

2008年5月28日至6月3日,在深圳举办的工商系统反垄断法第一期培训班,来自

全国的工商局公平交易和经济检查队伍负责人及执法骨干,就《反垄断法》基本内容、垄断行为认定、调查和处罚等进行了全方位的培训。

在上海、江苏、浙江等地多次召开的反垄断专题会议上,研讨了重点行业市场竞争状况及存在的问题,梳理与排查涉嫌垄断行为案件线索,广泛研究了有关办案程序法律适用以及有关配套规章研究起草的意见和建议等。

目前,工商总局正在研究制定《关于认真贯彻执行〈反垄断法〉切实加强反垄断执法工作的通知》,要求全系统以《反垄断法》实施为契机,提升反垄断工作制度化、程序化、规范化、法治化水平,相关配套规章的制订已着手论证、研究;机构和执法队伍的组建将从组织、人员、素质等各方面进行充实,以全面推进反垄断执法工作迈上一个新台阶。

“我们会以实际行动谱写出中国反垄断执法的新篇章。”作为现任公平交易局局长,极可能将担任新组建的“反垄断与反不正当竞争执法局”局长的宁望鲁说。

(姚尧)