

商务部否决可口可乐收购汇源果汁

2009年3月18日，商务部发布公告，禁止可口可乐与汇源果汁的经营者集中行为。这是《中华人民共和国反垄断法》（“《反垄断法》”）自2008年8月1日实施以来首个遭到否决的经营者集中案例。

事件

2008年9月3日，汇源果汁、可口可乐以及可口可乐全资附属公司 Atlantic Industries 在香港联交所发布联合公告，宣布可口可乐有条件现金收购(1)汇源果汁全部已发行股本；(2)汇源果汁全部未行使可换股债券；以及(3)汇源果汁全部未行使购股权（“收购建议”），收购对价总计约 195 亿港币。根据该公告，收购建议需待可口可乐获得中国反垄断审批的批准后方可进行。

2008年9月18日，可口可乐向商务部递交了其于汇源果汁的经营者集中（“该项集中”）反垄断申报材料。2008年11月20日，商务部对申报进行立案审查。2008年12月20日，初步阶段审查工作结束后，商务部决定实施进一步审查，并书面通知可口可乐。2009年3月18日，商务部发布《商务部关于禁止可口可乐公司收购中国汇源公司审查决定的公告》（商务部公告

2009年第22号）（“《22号公告》”），认为该项集中具有排除、限制竞争效果，将对中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；且可口可乐在规定时间内没有提出可行的减少不利影响的解决方案，故禁止该项集中。

2009年3月19日，汇源果汁和可口可乐发出联合公告，宣布收购建议的先决条件已不能达成，有关汇源果汁的收购建议终止。

商务部《22号公告》

根据《22号公告》，商务部在对该项集中的审查过程中征求了包括相关政府部门、相关行业协会、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、可口可乐中方合作伙伴以及相关法律、经济和农业专家等方面的意见。其在对该项集中进行评估后，确认该项集中将产生以下不利影响：

- (1) 集中完成后，可口可乐有能力将其在碳酸软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。

根据《22号公告》，在与可口可乐的商谈过程中，商务部就审查中发现的问题要求可口可乐提出可行解决方案。可口可乐先后提出了初步解决方案及其修改方案。但经过评估，商务部认为可口可乐针对影响竞争问题提出的救济方案，仍不能有效减少该项集中产生的不利影响。

外界反馈及商务部回应

《22号公告》公布后，与可口可乐和汇源果汁的正面回应相反，外界（尤其是境外媒体）对于商务部的裁决结果发表了诸多负面评论。对相关市场界定、传导理论的应用提出了很多质疑，甚至有批评认为这是中国政府以《反垄断法》为由，出于民族主义立场抵制外资对领先品牌的收购。

对此，商务部于2009年3月25日在其网站公布了《商务部发言人姚坚就可口可乐收购汇源公司反垄断审查决定答记者问》（“《答记者问》”），在《答记者问》中，商务部进一步解释了商务部对该项集中进行审查的相关问题，披露了商务部在相关市场界定、传导效应分析方面的进一步信息。商务部同时强调，汇源是不是民族品牌不是反垄断审查需要考虑的因素，与商务部禁止该项集中无关；商务部在整个审查过程中严格依法独立办案，没有受与竞争法无关因素的干扰，也没有受一些境外媒体所谓民族情绪的影响。

2009年3月22日，商务部部长陈德铭在中国发展高层论坛2009年会上也表示，可口可乐兼并汇源案并不涉及中国投资政策。

相关市场

一般情况下，只有同处于一定市场范围中的经营者，才可能存在竞争关系，进而才可能因相互之间的并购而产生垄断问题。从《反垄断法》的规定来

看，其所规制的经营者集中行为也主要指向发生在“相关市场”中的集中行为，因此，对相关市场范围的界定是《反垄断法》适用分析的前提。

《反垄断法》第十二条对“相关市场”做了定义，即经营者在一定时期内就特定商品或者服务（统称“商品”）进行竞争的商品范围和地域范围。但该条简短的定义显然不足以给予具体案件以明确的指引。2009年1月5日，商务部反垄断局公布了《关于相关市场界定的指南（草案）》，对相关市场的含义和种类、相关市场界定的理论依据以及界定方法等做了较为细致的规定。其中明确了相关市场认定的关键因素之一在于商品之间的可替代性。

在《22号公告》中，商务部并未对相关市场界定作出任何分析。而在随后公布的《答记者问》中，商务部较为详细的阐明了商务部在该项集中对相关市场的分析与界定思路。

根据《答记者问》，商务部认为该项集中涉及果汁类饮料和碳酸饮料两大类，两家公司在果汁类饮料产品类别中存在重叠；果汁饮料可进一步划分为100%纯果汁，浓度为26-99%的混合果汁，以及浓度在25%以下的果汁饮料。商务部称其对果汁饮料和碳酸饮料之间的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的分析，并最终认为果汁饮料和碳酸饮料之间的替代性较低，三种不同

浓度果汁饮料之间存在很高的需求替代和供给替代性，因此商务部将该项集中的相关市场界定为果汁饮料市场。

传导效应

虽然商务部将该项集中的相关市场界定为果汁饮料市场，但商务部并未过多的从可口可乐和汇源果汁在果汁饮料市场的地位和实力等因素出发，来说明该项集中可能产生的限制或排除竞争的效果，而是将重点放在了该项集中后碳酸饮料市场和果汁饮料市场之间的“传导效应”上。

根据《22号公告》，商务部认为如果该项集中完成，可口可乐将有能力将其在碳酸饮料市场的支配地位传导到果汁饮料市场。《答记者问》对此做了进一步的解释。首先，商务部认为可口可乐占全国碳酸饮料市场份额的60.60%，且拥有资金、品牌、管理、营销等诸多方面已经取得的竞争优势，因此在碳酸饮料市场占有市场支配地位。其次，商务部认为碳酸饮料和果汁饮料尽管彼此之间替代性不强，但同属于非酒精饮料，彼此属于紧密相邻的两个市场。最后，商务部认定，为谋求自身利润的最大化，可口可乐有能力在该项集中后利用其在碳酸饮料市场的支配地位，将果汁饮料与碳酸饮料搭售、捆绑销售或附加排他性交易条件，从而将其在碳酸饮料市场上的支配地位传导至果汁饮料

市场。

“传导效应”并非商务部的独创，在国外的反垄断实践中已有过应用。例如，欧盟委员会于 2001 年就曾否决过通用电气（General Electric Company）并购霍尼韦尔（Honeywell International Inc.）的申请。此外，澳大利亚竞争和消费者委员会（Australian Competition and Consumer Commission, ACCC）在 2003 年也否决了可口可乐通过其子公司 Coca-Cola Amatil Limited 收购澳大利亚果汁生产企业 Berri Limited 的交易，尤其是后者与可口可乐收购汇源果汁的情况十分相似。但“传导效应”在美国并没有得到反垄断机构的认可，欧盟和澳大利亚在“传导效应”的适用上也是十分谨慎，仅在特殊的情况下适用。

在可口可乐收购 Berri Limited 的案例中，ACCC 首先对相关市场进行了分析和界定，并认为碳酸饮料市场和果汁饮料市场是两个分立的市场，但就零售商而言，为了最大限度满足终端消费者的需求，果汁饮料和碳酸饮料是其所销售的饮料商品系列中必须包含的部分，因此从零售商的角度，碳酸饮料、果汁饮料以及其他非酒精饮料是具有紧密互补性的产品。ACCC 分析并认定可口可乐在碳酸饮料市场的支配地位，并指出对于许多零售商来说，可口可乐品牌是一种必须商品（“must stock”），而且可口可乐同时拥有其他经营者无法比拟的店内冷藏设备销售网络。随后，ACCC 分析了并

购完成后传导效应发生的可能性，并列举了合并后的公司可能采用的捆绑销售的方式和策略，包括将果汁饮料与可口可乐饮料强制搭售、限制店内冷藏设备销售网络的使用以及折扣等。同时 ACCC 还认为，即便合并后的公司没有捆绑销售的打算，零售商出于降低采购和物流成本，获得廉价甚至免费的冷藏销售设备以及折扣等因素考虑，也会主动从合并后的公司一起采购碳酸饮料和果汁饮料。此外，ACCC 还排除了限制传导效应因素发生的可能性。

在欧盟委员会于 2007 年发布的有关“非横向并购的经济分析指引（草案）”（Guidelines on the Assessment of Non-horizontal Mergers under Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings）中，欧盟委员会对类似于“传导效应”的适用分析步骤作出了具体的规定：首先应考虑的是能力（Ability），即经营者是否拥有足够的能力，以利用其在一个市场中的优势地位来捆绑销售其在另一市场中的产品；其次是意愿（Incentive），即经营者是否有意愿在集中之后从事前述捆绑销售行为；最后是影响（Effect），即如果经营者从事了前述捆绑行为，在多大程度上可能产生限制竞争的效果。前述分析指引还对每一步分析需要考虑的因素做出了细致的规定。

而在商务部就该项集中的分析中，除了认定可口可乐在碳酸饮料市场的支

配地位，以及认为碳酸饮料和果汁饮料市场属于紧密相邻的两个市场外，对最为关键和核心的问题，即传导效应如何发生，商务部却仅仅一语带过——“可口可乐有能力在并购后利用其在碳酸饮料市场的支配地位，将果汁饮料与碳酸饮料搭售、捆绑销售或附加排他性交易条件”。对于“传导效应”这样一个本需要慎重对待的适用理论，商务部的上述过于简约的分析自然难以令人信服。

启示

尽管受到争议，但无论是从权限还是程序角度，商务部都是在法律的范围之内作出的裁决，并且未受到当事方的挑战。对于企业来说，更应该关注的是该案件所隐含的启示。

在《反垄断法》通过时，有不少评论者认为《反垄断法》的象征意义高于实际效用，不会被真正有力的执行。但事实情况是，在经营者集中方面，商务部不但成立了反垄断局专司经营者集中方面的反垄断审查，而且相继制定、颁布了以下一系列《反垄断法》配套指南、指导意见和执行办法：

- (1) 《关于相关市场界定的指南（草案）》；
- (2) 《关于经营者集中申报的指导意见》；
- (3) 《关于经营者集中申报文件资料的指导意见》；

- (4) 《关于对未依法申报的经营者集中调查处理的暂行办法（草案）》；
- (5) 《关于对未达申报标准涉嫌垄断的经营者集中证据收集的暂行办法（草案）》；
- (6) 《经营者集中申报暂行办法（征求意见稿）》；
- (7) 《经营者集中审查暂行办法（征求意见稿）》；以及
- (8) 《关于对未达申报标准涉嫌垄断的经营者集中调查处理的暂行办法（草案）》。

上述规定和草案对反垄断审查的申报和调查等多方面的问题作出了更加细化和可操作化的规定。而此次商务部否决该项集中，更加表明了商务部将会在经营者集中领域有力的执行《反垄断法》，因此企业在日后并购活动中应当认真对待反垄断问题。

相较于欧美的立法和实践，《反垄断法》是一部年轻的法律，商务部反垄断局也是一个年轻的部门，在缺乏足够经验的情况下，商务部敢于运用“传导效应”理论否决一项广受关注的并购交易，这在一定程度上表明了商务部在适用《反垄断法》态度上的开放性和灵活性。它表明商务部在考虑反垄断问题时，不仅会考虑市场份额、资金、品牌等常规性因素，还可能会结合具体个案的情况，将其他因素纳入考虑范围。而且面对反垄断执法经

验的不足，商务部很可能会积极从国外同行中汲取灵感和资源，因此，及时跟进和研究外国反垄断执法机构的相关案例，应该具有不小的价值。

从2008年9月可口可乐递交反垄断申请及其后相当长的时间里，无论是交易双方还是外界媒体对于该项集中得到商务部批准多持乐观态度。在商务部否决该项集中后，相关媒体报道“自提交申请半年来，汇源果汁在各个方面的战略都参照并购成功而制定，并购禁止对汇源影响很大。”因此可以看出保持与商务部的及时、有效沟通对于交易双方是十分重要的。

2009年4月24日，商务部发布2009年第28号公告，附加限制性条件批准日本三菱丽阳公司收购璐彩特国际公司的经营者集中行为。对比其于2008年11月18日发布的有关附加限制性条件批准英博集团公司收购ANHEUER-BUSCH COMPANIES INC经营者集中行为的2008年95号公告，商务部披露了更多的界定相关市场以及审查竞争问题的审查理由。这类细节一定程度上提高了商务部反垄断审查的透明度，但尚不能打消外国投资者对于中国政府在反垄断审查中考虑国家利益或贸易保护的顾虑。对于后者，我们还需要未来更多的案例观察。

后记



本文作者为柯杰律师事务所何杰（合伙人）和李欣。本文仅供一般性参考，不构成法律意见，不能代替法律意见，也无意对讨论事项进行全面的研究。若就本文有任何进一步问题，请与何杰律师联系（电话：8610 59695336，电邮：he.jie@kejielaw.com）。