

资产剥离机制解决竞争问题的有效性探析

丁茂中^{*}

内容摘要: 目前,在附条件通过的经营者集中案件中,资产剥离机制被很多国家和地区的反垄断执法机关广泛使用。资产剥离机制之所以受到这些国家和地区的反垄断执法机关青睐,这主要在于它能够比较快速有效地解决具体案件中存在的潜在竞争问题。资产剥离机制在解决竞争问题方面的优势得力于其内在精妙的系统设置,它是由剥离对象的遴选、合适购买者的确定和成活性的保障三个具有互动关系的微观系统有机组成的。

关键词: 经营者集中 控制制度 资产剥离 竞争问题

经营者集中控制制度中的资产剥离机制是指:反垄断执法机关和参与集中的当事人在一项经营者集中可能会给相关市场带来竞争的情况下,围绕当事人主动作出的将相关资产剥离给合适的购买者,以解决潜在竞争问题的承诺而展开的一系列关联互动活动所形成的一种经营者集中控制制度的实施机制。虽然部分经济学家对经营者集中控制制度中的资产剥离机制还存在强烈的批评与质疑意见,但是资产剥离机制在很多国家和地区的反垄断法实践中已被广泛应用。^①我国自《中华人民共和国反垄断法》正式施行以来,商务部不仅先后在“日本三菱丽阳公司收购施耐德国际公司、美国辉瑞公司收购美国惠氏公司、松下株式会社收购三洋电机株式会社等案件中多次运用了资产剥离机制,而且在2010年7月正式发布了《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》^②。资产剥离机制之所以受到反垄断执法机关的青睐,这主要在于它能够比较快速有效地解决具体案件中存在的潜在竞争问题。欧盟对资产剥离机制的这一特点给予了很高评价,欧盟委员会在Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004的第22段明确指出:“在一项经营者集中已严重威胁到市场有效竞争时,维持市场有效竞争的最佳方式,除了禁止合并之外,就是通过剥离创造条件,使新的竞争性实体得以产生,或使现存竞争者的地位得以加强。”资产剥离机制在解决竞争问题方面的优势得力于其内在精妙的系统设置,它是由剥离对象的遴选、合适购买者的确定和成活性的保障等三个具有互动关系的微观系统有机组成的。深入剖析经营者集中控制制度中的资产剥离机制对于完善我国相关方面的立法与执法具有非常

^{*} 上海政法学院竞争法研究中心讲师,法学博士。

本文得到上海市教育委员会(经济法)重点学科建设使用经费(项目编号:J52101)。

(1) 本文中使用的“资产剥离”是反垄断法实践操作中一个通用的术语,它本身并不限于对我文概念上的“资产”进行剥离,还包括“业务”或者“人员”等对象的剥离,即“资产”以广义理解。

(2) 这些案件详情,参见中华人民共和国商务部:2009年第38号公告、2009年第77号公告、2009年第82号公告,它们占目前我国商务部附条件通过的经营者集中案件总数的三分之一。

重要的现实指导意义。

一、剥离对象的遴选

剥离对象的遴选是资产剥离机制中非常重要的“选种”工作,它直接影响到具体案件整个剥离行为能否取得预期效果。因此,资产剥离机制中的剥离对象遴选有着其独特标准和周密操作。

(一)独特标准

从美国、欧盟等发达国家和地区的实践来看,剥离对象的遴选主要是根据以下两个具有层次性关系的标准来进行的。

首先是竞争性标准(competitiveness),它是剥离对象遴选的前提标准。竞争性标准要求参与经营者集中案件的企业拟剥离的对象必须是与反垄断执法机关认定该项集中存在的竞争问题有关的相应资产,并且通过对这些资产的剥离不仅可以去除企业因该项集中而获得的可能实际影响到市场竞争结构平衡的那部分“经济力量”,而且还可以使得这些被剥离资产形成一股独立的市场竞争力。竞争性标准是资产剥离机制因经营者集中控制制度的使命诉求所形成的。“控制经营者集中制度的目的是要保持市场的竞争性,防止经济力量的过度集中”¹³。作为前提标准,竞争性标准极大地限制了当事人在剥离对象上的选择范围,这使得经营者集中控制制度中的资产剥离与诸如企业重组上市等领域中的资产剥离存在明显的差异。在后者的资产剥离中,当事人可以根据自身的意愿在无前提限制的环境下选择拟剥离的对象;但是在经营者集中控制制度中,当事人拟剥离的对象必须涵盖反垄断执法机关所关注的产生竞争问题的对应资产。以松下株式会社收购三洋电机株式会社案为例,由于该项集中将会在硬币型锂电池,民用镍氢电池和车用镍氢电池三个相关市场上产生实质性的限制竞争影响。因此,当事人拟作出的有效资产剥离在剥离对象上至少应当包含这三个方面的相关业务。如果拟剥离的资产范围没有符合这个要求,则当事人所提议或者施行的资产剥离方案在反垄断法视野下是没有意义的,反垄断执法机关不会批准此项集中。

其次是可成活性标准(viability),它是剥离对象遴选的保障性标准。可成活性标准要求当事人拟剥离的对象在不考虑合适的购买者所拥有的各种优势经营资源的前提下,应当在最大程度上具有能够被培育成长起来的潜在可能性。拟被剥离的资产只有在具备可成活性的条件下才能够被培育成为一股新的市场竞争力量。如果当事人拟剥离的与反垄断执法机关认为存在竞争问题有关的资产在整体上可能难以成活时,则当事人应当根据可成活性的需求将其其他适配性的资产打包一起加以剥离。¹⁴美国联邦贸易委员会(FTC)就资产剥离问题所进行的专项研究表明:剥离对象的完整性越好,这些资产的成活性概率就越大;剥离部分业务的成活率远远低于剥离整体业务的成活率。¹⁵因此,剥离对象的完整程度在目前的实践中成为反垄断执法机关判断可成活性的一个非常重要内容。美国FTC明确指出,委员会欢迎当事人提议对已经持续运营的业务单元进行整体剥离,这样的补救措施无需委员会对拟剥离资产的成活性和竞争性进行太多假设和考虑;如果拟剥离的资产不是由当事人过去已经运营的独立的业务单元构成,则当事人必须充分证明拟剥离的资产中包括了独立运营所需的任何组成部分,否则将不被认为具有经济上的成活性。¹⁶欧盟委员会也明确声明,在正常情况下,一项能够成

13 江礼坤:《竞争法学》,中国人民大学出版社,2009年4月,第291页。

14 See E. Case 130MPX1802 - Unilever/Amco-Muller of 8 March 2000, Case 130MPX1990 - Unilever/Bestfoods of 28 September 2000. www.competition.state.net/competitions_new.pdf, 2011-1-10.

15 Staff of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, "A Study of the Commission's Divisive Process": 1999, pp. 16-17. www.ftc.gov/ftc/divisive/divisive.pdf, 2011-1-20.

16 Federal Trade Commission's Bureau of Competition, "Statement of the Federal Trade Commission's Bureau of Competition on Negotiating Merger Remedies", <http://www.ftc.gov/ftc/mergers/bscp/bscp/mergers/2010401-01m>, 2011-2-16.

涉的业务应当是一项现有的可以独立经营的业务；委员会对目前已经存在的独立营业是有明确的偏好的，它可以是先前存在的公司、集团或者是一个没有注册成为独立法人的业务部分。^[7]

（一）周密的操作

为了保证剥离对象的准确性，从很多国家和地区的实践来看，剥离对象的遴选通常严格按照以下的流程和文本条款进行操作。

1. 操作流程

首先，由反垄断执法机关依法向申报当事人以书面形式及时通告此项集中所存在的竞争问题。在通告文件中，反垄断执法机关必须说明它们依据SSNIP测试法所界定出来的该项集中所涉及的相关市场、存在竞争问题的相关市场以及认定存在竞争问题的理由，目的是让当事人初步知晓其可能需要剥离的对象基本范围。但是，除当事人作出相应承诺外，反垄断执法机关不得以任何形式主动要求当事人剥离相关方面的资产。欧盟对此作了明确的强调：“委员会不可对任何行政决定单方面地施加任何条件，但是仅仅基于当事人的承诺情形除外。”^[8]

在收到通告文件后，申报当事人必须在限定的期限内按照规定的书面形式向反垄断执法机关递交剥离资产的承诺。一旦当事人有效地递交了资产剥离的承诺，经营者集中控制制度中的资产剥离机制便被正式启动。^[9]承诺书中必须明确拟剥离的对象范围，说明剥离这些对象对于解决竞争问题的效用之处。

在资产剥离机制启动以后，反垄断执法机关可以根据具体案件消除竞争问题的需要主动向申报当事人提出各种建议和意见，包括剥离对象的遴选方面。我国《经营者集中审查办法》第十二条明确规定，在审查过程中，为消除或减少经营者集中具有或者可能具有的排除、限制竞争效果，商务部和参与集中的经营者均可以提出对限制性条件进行修改的意见和建议。

2. 文本条款

虽然不同国家或者地区有关资产剥离的文本格式可能存在不同程度上的差异，但是，无论是在当事人向反垄断执法机关所作出的承诺文件中，还是在当事人与合适的购买者签订的转让协议中，剥离对象的精确范围通常是通过三大条款来进行划定的，即包括条款、排除条款和皇冠钻石条款。

包括条款详细地列明了当事人剥离资产的具体范围。在剥离对象的范围描述上，它是三方条款。欧盟发布的Commitments To The European Commission示范文本建议当事人以附件清单的形式进行。

排除条款必须清楚地说明哪些内容不包含在剥离对象的范围内，它的主要效用在于减少和避免相关主体对剥离对象的误解。在不影响解决竞争问题的前提下，它的效力优于包括条款，但是这仅限于当事人能够明确表述的范围。如果排除条款所涵盖的剥离对象影响了竞争问题的解决或者当事人的表述不能够足以确定排除剥离的具体对象，当排除条款和包括条款在描述的对象上存在交叉或者重叠情况下，包括条款优先适用。

皇冠钻石条款是备用条款，它只有在当事人无法履行先前剥离资产的承诺情况下才会启用。^[10]如果卖家违反剥离协议，那么要对其的“皇冠钻石”资产进行剥离。^[11]大部分有关经营者集中案件的资产剥离的文本都会设有皇冠钻石条款，当事人也会在该条款下对“皇冠钻石”相应部分的资产范围作

[7] EC, Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2006, paragraphs 32 & 33.

[8] See EC judgment of the CJEU in Case T-87/05 EUP v Commission (2006) ECLI:EU:T:2006:105, www.courtpdf.eu/cases-the-judicial-remedies-remedied-2011-01-20/.

[9] 在某些情况下，参与集中的当事人在依法申报时已向反垄断执法机关作出资产剥离等类型的承诺。对于这种情况，如果申报的集中被认定存在竞争问题，则当事人也启动了资产剥离机制。如果申报的集中不存在竞争问题，则不存在资产剥离机制的启动问题。对于后者情形，欧盟会通知申报人可以撤回相关承诺；如果当事人没有撤回，委员会对这些承诺并不予理解，在集中获得批准通过的情况下，这些承诺也不被视为附加条件。

[10] 王新江：《欧盟、美国企业并购反垄断规制比较研究》，北京：清华大学出版社，2008年，第103页。

出说明。^[11]

二、合适购买者的确定

合适购买者的确定是资产剥离机制中非常重要的“选才”与“播种”工作,它直接关系到先前精心遴选出来的剥离对象能否成功地转让给合适的购买者,进而影响到具体案件整个剥离行为能否实现及其效果的好坏。因此,资产剥离机制对合适购买者的确定有着严格的条件和时间要求。

(一)合适购买者的条件

在大多数经营者集中的案件中,购买者只有同时满足以下五个方面的条件才可能有机会参与剥离资产的竞购活动。

第一,独立于参与集中的经营者,与其不存在实质性利害关系。购买者不仅应当在法律人格上真正独立于参与集中的经营者,与它们不存在直接或者间接的各种投资关系;而且在企业营运上也应当真正独立于参与集中的经营者,与它们不存在资产委托管理、业务委托经营、决策管理层人事兼任等关系。此外,购买者和参与集中的经营者在利害关系上还应当具有相对的超脱性,两者之间不存在具有联动性的实质性利害关系,如因签订产品置换协议而形成的经济合作关系。

第二,具有将被剥离资产发展成为相关市场上一般新兴竞争力量的意愿。购买者在主观心态上必须是真心希望将拟剥离的资产进行持久培育,使之发展成为与当事人和相关市场上的其他竞争者可以形成有效竞争的实体,而非只是计划短期性的价值投机。对于购买者这个主观动机的判断,除了合理考虑购买者即将处于的竞争环境和购买者的经济兴趣等其他客观因素外,购买者就拟剥离资产的营运所作出的详细规划通常是反垄断执法机关依据的重点。^[12]

第三,拥有必要的相关经营资源。购买者必须在客观硬件上拥有能够保障剥离资产成活并形成市场竞争力所需的各种经营资源,如资金、人才、经验、设备等等。对购买者所应当拥有的经营资源,欧盟突出强调了金融资源和相关专业经验的核心地位。^[13] 虽然我国只是笼统地要求“拥有必要的资源”,但是从商务部在美国辉瑞公司收购美国惠氏公司案件中对美国辉瑞公司所实施的资产剥离来看,金融资源和相关专业经验两者在这点上显然发挥了非常重要的作用。^[14]

第四,购买被剥离资产不会带来新的竞争问题,也不会增加承诺执行被延迟的风险。购买者对剥离资产的受让必须保证不会对包括当前案件所涉及的相关市场在内的所有市场可能产生实质性的限制竞争影响,这个方面的判断标准和权衡因素仍然是经营者集中控制制度规定的相关内容。在购买者收购被剥离的资产过程中,在合理的预期范围内,不应当存在影响剥离资产交付进程的不确定因素,如第三方权利的无固定期限转让、其他监管部门审查机制的意外启动等。

第五,如果购买剥离资产需要其他有关部门的批准,则应当具备取得其他监管机构批准的必要条件。在有些经营者集中案件中,由于剥离资产本身的特殊性,如涉及国防安全或者关系到社会大众健康等,法律对它们的营运主体有着严格的资格要求。在这种情况下,合适的购买者必须具备相应的资格要求。

[11]由于该资产原则上应当是当事人所持有的价值比较高的资产,至少不逊于当事人先前承诺剥离的资产,因此被反垄断执法机关誉为皇冠钻石资产,或在空壳钻石条款。

[12]DG COMP, European Commission, “Merger Remedies Study (Public Version)”, pp.102—103, www.eu-competition.europa.eu/artwork/ak6fnc0K1D7T0U5376ENS_002.pdf, 2011-02-21

[13]EC, Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 803/2004, paragraph 48

[14]最终进入竞标阶段的制药集团,中外事团,美国诺华公司和美国礼来公司等四家都是拥有非常丰富的相关营业专业经验的,企业,并且它们的现金资源、信贷额度、融资渠道等都非常出色,制药集团最终胜出。

在有些经营者集中案件中,根据个案对剥离资产的可成活性维持和竞争力培育的需要,反垄断执法机关可能会对合适购买者的条件进行相应补充。例如,在SEB/Moulinex案件中,欧盟要求此案中的合适购买者应当是实业型投资企业,而非金融投资机构,因为购买者必须自主拥有市场已经足以认可的商标才能将剥离资产发展成为一股新的市场竞争力量。^[15]

(二)合适购买者的确定时间

虽然寻找合适的购买者是参与集中的各方当事人的事情,但是合适购买者的确定时间通常是由反垄断执法机关决定的,当事人应当在规定的时间内将确定的合适购买者呈报给反垄断执法机关进行资格审查。根据欧盟多年的实践来看,在一般情况下,合适购买者的确定时间在大体上有以下三种情形:^[16]

1.“首先固定”(Fix-it-first)

在“首先固定”情形中,为了便于准确地对当事人作出的资产剥离承诺在解决竞争问题上的有效性进行评估,反垄断执法机关要求当事人在反垄断当局作出最终决定之前的合理时间内应当将合适的购买者确定下来。只有在合适购买者的确定对于资产剥离承诺的有效履行至关重要,如在有些经营者集中案件中,可考虑的潜在合适购买者寥寥无几,并且只有购买者所拥有的特别资源才能保证剥离资产得以成活,或者购买者必须拥有特别资源才能保证资产剥离的承诺可以解决集中存在的竞争问题^[17],反垄断执法机关才会主动对当事人作出“首先固定”要求。由于“首先固定”比较便于反垄断执法机关预先作出全面的判断,因此,它格外受到很多国家和地区青睐。美国司法部在发布的相关政策指引中明确指出:“如果当事人表达了符合要件的首先固定补救措施,当局将会考虑该建议。”^[18]很多经营者集中案件的当事人通常会主动尽早地将合适的购买者确定下来并依法呈报,以争取在最大程度上消除反垄断执法机关对解决该项集中所产生的竞争问题存在的种种顾虑。

2.“先前购买者”(Up-front buyer)

在“先前购买者”情形中,反垄断执法机关要求当事人必须在集中完成之前将合适的购买者确定下来。在部分经营者集中的案件中,由于剥离资产本身的可成活性程度比较高,且对潜在购买者的依赖性程度比较低,在合适的购买者客观可寻的情况下,即使当事人尚未确定具体的合适购买者,反垄断执法机关也可能回条件地批准该项集中;但是,鉴于当事人所作出的资产剥离承诺在履行上可能遇到相当大的障碍,如第二方的权利或者寻找合适的购买者面临不确定性^[19]和鉴于剥离资产的竞争性与可出售性的维持在过渡期可能存在相当高的风险,如业务下滑或者核心人员流失,反垄断执法机关会同时要求当事人在承诺中保证在没有确定好合适的购买者之前不会完成申报的集中。由于“先前购买者”的效率性,美国司法对其有着强烈的偏好。^[20]

[15] See commitments in EU Case COMP/M 2621 - SEB/Moulinex of 8 January 2002, [www.ec.europa.eu/competition/mergers/decisions/2002/01_28](http://ec.europa.eu/competition/mergers/decisions/2002/01_28.htm)

[16] EU Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004, paragraph 50

[17] 相关具体案例,参见欧盟的一些案例,如 Case COMEVN 3516 - T-Mobile Austria/tele.ring of April 2006, Case COMP/M.4000 - Juro/Takeortrade of 4 July 2006, Case COMP/M.4187 - Metas/Alter Kuechner of 12 December 2006, Case COMP/M 3436-Continental/Phoenix of 26 October 2004, Case COMP/M 3136-GE/Agfa of 5 December 2003, [www.ec.europa.eu/competition/mergers/decisions/2003/02_26](http://ec.europa.eu/competition/mergers/decisions/2003/02_26.htm).

[18] U. S. DOJ Antitrust Division, “Antitrust Division Policy Guide To Merger Remedies” (October 2004), p.26, www.justice.gov/atr/public/guidelines/205108.htm, 2003-01-17.

[19] See EU Case COM/MV.2060-Bowl/Branth of 12 December 2000, [www.ec.europa.eu/competition/mergers/decisions/2000/02_19](http://ec.europa.eu/competition/mergers/decisions/2000/02_19.htm).

[20] Ben. William J. Harold C. Reday, “Solving Competition Problems in Merger Cases: The Requirements for an Effective Disclosure Remedy”, *George Washington Law Review*, 2001, 69:561-915-931.

“决定后的一个确定期限内”(A fixed time-limit after the decision)

在“决定后的一个确定期限内”情形中,反垄断执法机关要求当事人在其作出批准决定后的一个确定期限内将合适的购买者确定下来。在剥离资产本身的可成活性程度比较高,对潜在购买者的依赖性程度比较低,且在合适的购买者寻求上面不存在任何困难或者障碍的案件中,即使当事人尚未确定剥离资产的具体合适购买者,反垄断执法机关也通常会快速附条件通过对这些集中案件的审查;但是为了能够尽快地恢复相关市场的有效竞争,反垄断执法机关会要求当事人必须在其规定的时间内确定合适的购买者并及时完成资产的剥离。^[2]这个规定的时间可能在当事人集中完成之前,也可能在当事人集中完成之后。

三、成活性的保障

成活性的保障是资产剥离机制中非常重要的“培育”工作,它在较大程度上影响着具有可成活性的剥离资产能否在以合适购买者为核心的主体作用下发展成为理想的市场新兴竞争力。资产剥离机制的成活性保障一般狭隘地限于过渡期与剥离后的一个期限内,其主要是通过当事人增加相应的义务来进行的。

(一) 过渡期的善意经营

在绝大多数的经营者集中案件中,由于资产剥离的操作复杂性,剥离对象的遴选、合适购买者的确定和剥离资产的剥离通常不是同步进行的。因此,从剥离对象的划定到剥离给合适的购买者一般都会有一个相对较长时间的过渡期。而在这个过渡期内,剥离资产所具有的潜在竞争力会面临着多种风险的威胁,包括当事人故意或者过失的任何不当行为、其他市场主体的侵权行为和国家政策的重大转变等。一旦剥离资产的潜在竞争力受损或者彻底丧失,这将在根本上影响整个资产剥离的预期效果。为了在最大程度上降低或者避免这方面的风险,反垄断执法机关会要求集中的当事人必须作出相应的承诺,保证在过渡期内采取各种有效措施来善意地经营剥离资产,以保持这些剥离资产具有高度的经济成活性、可销售性和竞争性。

从实践来看,对于过渡期间剥离资产的经营问题,反垄断执法机关原则上都会对以下两个方面作出明确要求或者规定:第一,剥离资产的独立维护。在剥离的资产确定后,当事人应当将剥离资产与其他业务分开,并将剥离资产视为一个独立性的权益集合体进行维护。当事人除了必须积极采取各种合理措施来保障剥离资产免受他人的不当侵害外,其本身不得实施任何可能对剥离资产有不利影响的行为,包括聘用被剥离资产范围内的员工、保留或者获取剥离资产的商业秘密等。第二,剥离资产的尽职管理。当事人应当根据集中之前企业拟定的相关业务发展规划,按照审慎性原则采取必要的措施,如针对核心人员的激励机制和技术设备的改造升级等,来促进剥离资产的持续发展。当事人必须把竞争条件保持得与集中之前一样,以便剥离资产能够像先前那样继续发展下去。这包括充足的资本以及必要的信用额度 and 维持行业内竞争所需要的其他具体条件。为了有效落实上述两个方面的核心要求,不少国家和地区的反垄断执法机关明确要求当事人必须聘请一个具有相关专业技能的独立管理人对剥离资产进行建立保管与经营。

值得指出的是,由于受到各种条件的限制,反垄断执法机关不可能对每一起资产剥离案件中过渡期间的剥离资产经营状况进行日常性的直接监督,这就给过渡期间的剥离资产的成活性保障带来了潜在的风险漏洞。为了能够有效地解决这个问题,欧盟在经营者集中的资产剥离机制中引入了监督受托人制度(the monitoring trustee)。“当事人必须聘请一个受托人,监督当事人对承诺的执行,尤其

[2] 如在日本三菱银行收购德意志国际公司案件中,中国商务部要求:德意志国际(中国)化工有限公司将其生产集中的50%剥离出来, 这些剥离企业或多家非关联的第三方购买人,剥离期间为五年。

是对过渡期和剥离程序中的义务履行情况:监督受托人将在委员会的监督下执行任务,它被视为委员会的“眼睛和耳朵”^[15]。虽然监督受托人是由当事人聘请的,但是由于其本身与当事人无任何实质性利害关系,且对其的聘请与解聘都必须经过反垄断执法机关批准并以剥离资产的利益最大化而工作,因此,它具有高度的独立性。监督受托人的高度独立性客观上为剥离资产的成活性保障奠定了前提基础。在相关配套制度的作用下,监督受托人能够对包括独立管理人在内的相关当事人在剥离资产的经营上形成有力的监督,有效地避免和防止损害剥离资产成活性的不良行为发生。有鉴于此,我国商务部在《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》也引入了监督受托人制度。

(二)剥离后的协助经营

当剥离资产转移给合适的购买者时,集中给相关市场所带来的竞争问题只是在形式上得到了解决,它初步创造出一个新的潜在竞争主体。但是,只有在剥离资产在合适购买者的手中真正地成活起来时,其潜在的竞争力才转化为现实,相关市场上的竞争问题至此才实质性地得到有效解决。虽然在资产剥离完成以后,剥离资产的成活主要依赖于合适购买者的长期周密经营;但是,在很多情况下,尤其剥离资产不是一项完整的独立业务时,在资产剥离后的初期,合适的购买者在往会在不同范围上缺少剥离资产在转移后成活所需要的一些相关资源,如原材料的稳定供给、产品销售渠道、健全的售后服务系统等。如果合适的购买者在资产剥离完成后的初期不能及时获取相关方面的资源,则剥离资产的成活性可能将会受到不同程度上的影响,甚至可能出现夭折,从而导致具体案件的整个资产剥离工作“功亏一篑”。虽然拥有相关方面资源的主体可能是多元化的,合适的购买者也可以通过各种途径从其他经营者处获取所需的相关资源;但是,从资源获取的经济性和保障剥离资产的及时成活性角度来看,资产剥离的当事人在绝大多数情况下应当是最合适的提供者,它往往拥有合适购买者在资产剥离后的初期所急需的各种对口有效资源。

根据以往的实践来看,在资产剥离完成后,剥离当事人与合适的购买者在利益上通常不仅不存在同向共享关系,反而具有不同程度上的利益争夺关系——这往往集中在两者在与剥离资产有关的相关市场上的竞争关系。以美国辉瑞公司收购美国惠氏公司案为例,“哈药接盘的仅是辉瑞在中国内地的业务,不包括中国香港、澳门及台湾的市场。这意味着,辉瑞和哈药依然是生意上的竞争对手,由于重组后的新辉瑞仍然保有原惠氏近12%的市场份额。如果辉瑞借收购过来的惠氏品牌和原有渠道进行市场渗透,哈药境况就岌岌可危”^[16]。在剥离当事人与合适的购买者在资产剥离后往往会发生竞争关系的情况下,剥离当事人在原则上一般是不愿意在资产剥离完成后无对价或低价甚至是高价地再向合适的购买者提供相关的资源。

为了确保剥离最终得以成活,不少国家和地区的反垄断执法机关会在附条件的批准决定中对当事人施加一些资产剥离后的协助经营义务,要求资产剥离当事人在资产剥离后的一个固定期限内向合适的购买者提供反垄断执法机关认为必要的相关资源。在美国辉瑞公司收购美国惠氏公司案中,在批准决定的附加条件中,我国商务部明确要求辉瑞公司必须履行以下义务之一:剥离后三年内,根据购买人的请求,辉瑞公司有义务向购买人提供合理的技术支持,协助其采购生产猪支原体肺炎疫苗所需的原材料,并对购买人的相关人员提供技术培训和咨询服务。

结 语

2009年4月,美国联邦贸易委员会经济局发布了《对资产剥离在解决经营者集中的竞争问题的有

[15] EC, Commission notice on transferable acceptable units Council Regulation (EC) No 139/2004, see under Commission Regulation (EC) No 802/2004, paragraphs 117 & 118.

[16] 姜耀斌,《哈药3000万美元接盘 辉瑞“金鸡纳”台湾被下盘》,《中国经济报》2010年7月3日。

效性研究报告;在该报告中,美国联邦贸易委员会经济局指出:“尽管资产剥离在经营者集中被广泛使用,但是对其是否能够有效解决竞争问题却很少有人进行研究。我们希望通过对2006年J&J-PFIZER案件的资产剥离所展开的研究能够填补此项空白……总体来看,结果表明,资产剥离维持了集中之前的市场竞争水平。”^[24]内部设计精密的资产剥离机制在解决竞争问题方面的效用性使得其从同类中脱颖而出,成为很多国家和地区的反垄断法执法机关首选考虑对象。在发布的有关经营者集中的补救措施的文件中,大多数国家像欧盟那样,重点对资产剥离问题进行了细致规定。作为一个后发的反垄断法新兴国家,我国更是以一个独立文件的形式对资产剥离进行了专门规定,《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》的出台标志着经营者集中控制制度中的资产剥离机制在我国正式初步建立,但是它很多地方还有待进一步的健全与细化。首先,资产剥离机制的微观支撑系统还存在缺失问题。商务部的《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》只是对合适的购买者与资产的成活性保障问题作了框架性的规定,有关剥离对象的遴选内容尚处于空白状态。其次,很多内容的规定比较粗糙。仅以有关资产剥离协议的规定为例,《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》要求剥离义务人与买方之间签署的任何协议不得含有与审查决定相违背的条款,但是对于何种性质的条款可能是违反审查决定并没作出必要程度上的指引说明。尽管如此,我们相信:伴随着我国反垄断法经验的不断积累与丰富,以“尊重私人主体决策,弱化市场竞争风险”为精髓的经营者集中控制制度中的资产剥离机制必将在我国日趋完善起来,并越来越多地在各类经营者集中案件中被广泛使用。

[24]Federal Trade Commission, “The Success Of Divestitures In Merger Enforcement Evidence From The J&J - PFIZER Transaction”, Working Paper No. 296, April 2009, www.ftc.gov/works/papers/wp296.pdf, 2011-03-01