

· 上海政法学院学术文库 ·



经营者集中控制制度中的 资产剥离问题研究

丁茂中 · 著



上海社会科学院出版社

经营者集中控制制度中的 资产剥离问题研究

丁茂中·著



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

经营者集中控制制度中的资产剥离问题研究/丁茂中著. —上海:上海社会科学院出版社,2013

ISBN 978-7-5520-0281-2

I. ①经… II. ①丁… III. ①资产管理—研究 IV. ①F830.593

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 104986 号

经营者集中控制制度中的资产剥离问题研究

作 者:丁茂中

责任编辑:张晓栋

封面设计:闵 敏

出版发行:上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.org.cn> E-mail:sassp@sass.org.cn

经 销:新华书店

排 版:南京展望文化发展有限公司

印 刷:上海信老印刷厂

开 本:787×1092 毫米 1/16 开

印 张:13.25

插 页:2

字 数:237 千字

版 次:2013 年 7 月第 1 版 2013 年 7 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-5520-0281-2/F·174

定价:38.00 元

版权所有 翻印必究

《上海政法学院学术文库》

编审委员会

主 任：金国华

副主任：闫 立 倪正茂

秘书长：何平立

委 员：（以姓氏笔画为序）

王明华 王 蔚 刘 强 闫 立

关保英 汤啸天 杨 寅 吴益民

何平立 张森年 金国华 倪正茂

章友德

本书为教育部人文社会科学研究基金资助项目(11YJC820015)
和上海高教青年教师培养资助计划(SHZF006)

《上海政法学院学术文库》

总 序

中华民族具有悠久的学术文化传统，两千年前儒家经典《大学》即倡言“大学之道，在明明德，在亲民，在止于至善”。其意即蕴含着彰扬学术、探索真理。而《中庸》论道：“博学之、审问之、慎思之、明辨之、笃行之。”则阐释了学术研究的治学精神以及达到真实无妄境界的必由之路。因此，从对世界历史进程的审视与洞察，社会发展、科学昌明、思想进步，从来离不开学术科研力量与成就的滋养与推动。

大学是国家与社会发展中一个不可或缺的重要力量，而科学研究的水平则又体现了大学的办学水平和综合实力，是一所现代大学重要的标志。因此，一个大学的学术气氛，不仅在很大程度上影响和引导着学校的科研状态，而且渗透和浸润着这个大学追求真理的精神信念。这正如英国教育思想家纽曼所言，大学是一切知识与科学、事实与原理、探索与发展、实验与思索的高级力量，它态度自由中立，传授普遍知识，描绘理智疆域，但绝不屈服于任何一方。

大学的使命应是人才培养、科学研究和服务社会；高等教育发展的核心是学术和人才。因此，大学应成为理论创新、知识创新和科技创新的重要基地，在国家创新体系中应具有十分重要的地位和意义。上海政法学院是一所正在迅速兴起的大学，学院注重内涵建设和综合协调发展，现已有法学、政治学、社会学、经济学、管理学、语言学等学科专业。学院以“刻苦、求实、开拓、创新”为校训。这既是学校办学理念集中的体现，也是学术精神的象征。这一校训，不仅大力倡导复合型人才培养，注重充分发挥个性特色与

自我价值实现,提供自由选择学习机会,努力使学子们于学业感悟中启迪思想、升华精神、与时俱进,而且积极提倡拓展学术创新空间,注重交叉学科、边缘学科的研究,致力对富有挑战性的哲学社会科学问题的思考与批评,探求科学与人文的交融与整合。《上海政法学院学术文库》正是在这一精神理念引领下出版问世的。

《上海政法学院学术文库》的出版,不仅是《上海政法学院教育事业“十一五”发展规划》的起跑点,而且是上海政法学院教师展示学术风采、呈现富有创造性思想成果的科学平台。古代大家云:“一代文章万代稀,山川赖尔亦增辉”;“惟有文章烂日星,气凌山岳常峥嵘”。我相信《学术文库》的出版,不仅反映了上海政法学院的学术风格和特色,而且将体现上海政法学院教师的学术思想的精粹、气魄和境界。

法国著名史学家、巴黎高等社会科学学院院长雅克·勒戈夫曾言,大学成员和知识分子应该在理性背后有对正义的激情,在科学背后有对真理的渴求,在批判背后有对更美好事物的憧憬。我相信《学术文库》将凝聚上政人的思想智慧,人们将从这里看到上政人奋发向上的激情和攀登思想高峰的胆识与艰辛,上政人的学术事业将从这里升华!

祝愿《上海政法学院学术文库》精神,薪火传承,代代相继!

金国华

(作者系上海政法学院院长)

序 言

在目前经济全球化和市场竞争日趋白热化的环境下,为了满足企业对规模经济等方面的合理需求和提升本国企业的市场竞争力,对于达到法定申报标准的经营者集中案件,各个国家和地区的反垄断执法机构通常很少直接予以禁止,在大多数情况下往往都人无条件的予以批准,在少数情况下可能会附加一些限制性条件后予以批准。

根据实践来看,在资产剥离、准许接入、修改中长期独家供销协议、禁止提价或者减产等可采用的附条件被救措施中,资产剥离在解决因经营者过度集中而产生的竞争问题方面的效用性和效率性是最好的。欧盟在 *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:“在一项集中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。”

但是,相对于其他的补救措施而言,资产剥离在操作上是比较复杂的。任何一个环节的操作,如剥离资产的遴选、合适购买者的确定、过渡期剥离资产的成活性维持、后期协助经营义务的设置等,如果存在操作不当问题,不仅会直接导致剥离资产本身价值和潜在竞争力的减损,而且将直接影响到整个相关市场在一定期限内的有效竞争。

自《中华人民共和国反垄断法》开始实施以来,如何在我国实践操作中正确地运用资产剥离来解决经营者集中案件中的竞争问题 and 如何尽快建立健全我国有关经营者集中控制制度中的资产剥离问题的相关配套规范性指引文件一直是我国迫在眉睫需要解决的重大课题。对此,除了反垄断执法机关进行不断探索外,我国竞争法学界和其他法律实务部门的工作者也进行了积极研究,丁茂中博士就是其中一员。

丁茂中博士是我国竞争法学界的青年才俊,同时也是一名优秀的反垄断法实务工作者。他较早就开始对经营者集中案件中的资产剥离问题进行研究,先后主持、参与了多个相关方面的课题研究,并处理过多起相关方面的案件,积累了较为深厚的专业知识和丰富的实务经验。因此,相信他这本著作能够对我国经营者集中附件限制性条件的反垄断执法、企业实务操作、反垄断法理论研究等有所裨益。

国务院反垄断委员会专家咨询组副组长 黄勇
对外经济贸易大学竞争法中心主任、教授

2013年6月11日于中国北京

目 录

第一章 资产剥离的范畴限定	1
第一节 反垄断法律制度中的资产剥离	1
一、SCP 范式与运行轨制的元数	1
二、两个运行轨制的性质差异及形态安排	4
三、运行轨制的选择与制度协调	7
第二节 经营者集中控制制度中的资产剥离	9
一、中国资产剥离的现行法律法规	9
二、中国资产剥离的实践应用情况	12
三、中国资产剥离的现况评价	14
第二章 资产剥离的研究现状	17
第一节 美国资产剥离的动态研究	17
一、联邦贸易委员会 1999 年的《委员会关于资产剥离研究报告》	17
二、联邦贸易委员会 2003 年的《联邦贸易委员会竞争局关于合并补救措施协商指引》	25
三、司法部 2004 年的《反托拉斯局关于合并补救措施指南》	32
第二节 欧盟资产剥离的动态研究	39
一、欧盟 2001 年的《关于第 4064/89 号理事会条例(欧共体)和第 447/98 号委员会条例(欧洲委员会)项下可以接受的救济手段的委员会通知》	39
二、欧盟 2005 年的《并购补救措施研究》	46
三、欧盟 2008 年的《关于第 139/2004 号理事会条例(欧洲委员会)和第 802/2004 号委员会条例(欧洲委员会)项下可以接受的补	

救措施的委员会通知》	52
第三章 资产剥离的效用分析	63
第一节 资产剥离的效用实证分析	63
一、案情简介	64
二、数据选用	66
三、评估方法	67
四、研究结果	70
第二节 资产剥离的效用理论分析	79
一、解决经营者集中产生的竞争问题本质需求	80
二、资产剥离解决经济力量过度集中的能力	83
三、资产剥离在具体应用中的操作优点	86
第四章 资产剥离的启用机制	90
第一节 资产剥离的动议问题	90
一、资产剥离的动议主体	90
二、资产剥离的动议时间	93
三、资产剥离的动议形式	95
四、资产剥离的动议结果	97
第二节 资产剥离的适配问题	100
一、竞争问题的结构性	100
二、实践操作的可行性	103
三、实施成本的经济性	104
四、潜在风险的可控性	106
第五章 资产剥离的剥离资产	109
第一节 剥离资产的遴选标准	109
一、竞争性标准	109
二、成活性标准	111

三、可售性标准	112
第二节 剥离资产的组成与来源	114
一、剥离资产的组成	114
二、剥离资产的来源	117
第三节 剥离资产的范畴厘定	118
一、范畴厘定的法律意义	118
二、范畴厘定的操作方式	121
第四节 剥离资产的皇冠钻石条款	123
一、皇冠钻石条款的现实由来	123
二、皇冠钻石条款的待见情况	124
三、备选剥离资产的内容要求	125
四、皇冠钻石条款的启动问题	126
第五节 剥离资产的适度调整	127
一、适度调整的基本情形	128
二、适度调整的区别处理	130
第六章 资产剥离的合适购买者	132
第一节 合适购买者的资格要件	132
一、法律人格与经济利益具有独立性	132
二、拥有维护与发展剥离资产的意愿	133
三、具有必要的各种经营资源	135
四、不会联动性地产生新的竞争问题	136
五、具体个案的特殊资格要件	137
第二节 合适购买者的限期寻求	138
一、寻求的义务主体	138
二、寻求的基本方式	140
三、寻求的信息披露	142

四、寻求的时间限制	143
第三节 合适购买者的评估选择	145
一、相关法律文件的形式审查	145
二、潜在购买者的合适性评估	146
三、多个合适购买者的选择问题	151
第七章 资产剥离的执行监督	153
第一节 执行监督的法律机制	153
一、执行监督机制的常见形态	153
二、监督受托人的产生方式	155
三、监督受托人的职责与义务	157
四、监督受托人的独立性保障	159
第二节 执行监督的核心内容	161
一、剥离资产的善意管理	161
二、剥离资产的产权交付	164
三、剥离后期的协助经营	167
四、剥离后期的交易限制	171
附件 欧盟有关资产剥离的示范文本	174
一、致欧盟委员会承诺书	174
二、托管人授权协议	185

第一章 资产剥离的范畴限定

作为概念性的语言,资产剥离存在多个法律制度中,如证券法、反垄断法等。在这些不同的法律制度中,资产剥离所涵的具体内容往往是有所差异的。在证券法律制度中,资产剥离(Assets Stripping)通常是指在企业股份制改制过程中将原企业中不属于拟建股份制企业的资产、负债从原有的企业账目中分离出去的行为,它往往与企业改制、重组上市等法律活动紧密联系在一起。在反垄断法律制度中,资产剥离的含义因其所在的轨制不同而有所不同;禁止滥用市场支配地位制度中的资产剥离又称为企业分拆(Dismemberment),它是反垄断执法机构对违法企业采取整体肢解或者局部业务剥离的一种惩罚性措施;经营者集中控制制度中的资产剥离(Divestiture)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问题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展开的一系列具有关联性互动活动所形成的一种经营者集中控制制度的实施机制。

本章所称的资产剥离仅指反垄断法上经营者集中控制制度中的资产剥离。本研究重点探析资产剥离的共性内容,以推动我国经营者集中控制制度中资产剥离的法律法规与实践操作的进一步完善。

第一节 反垄断法律制度中的资产剥离

作为“经济宪法”的一个重要实施机制,资产剥离在反垄断法中的运行轨制呈现出“一体两面”的独特性,并由此引发了相应制度或政策的安排、选择与协调等一系列相应问题。

一、SCP 范式与运行轨制的元数

SCP 范式是 Structure(结构)—Conduct(行为)—Performance(绩效)的简写,它是 Frederic. M. Scherer 在 Joe S. Bain 的“结构—绩效”两段论基础上进行深入

完善后提出来的。^① SCP 范式是现代反垄断法中资产剥离制度的理论根源所在,它在很大程度上决定或者影响着资产剥离在反垄断法中的运行轨制。

(一) “结构”的维控形成的运行轨制

根据 Joe S. Bain 的 SCP 三段论范式:市场结构决定着市场行为,市场行为影响着市场绩效,市场结构、市场行为与市场绩效之间只存在单向的因果关系;为了获得理想的市场绩效,就需要通过公共政策来调整和直接改善不合理的市场结构;企图直接对行为进行调整是无益的,因为行为是其背后的结构所决定的。

自 SCP 范式被正式提出以来,它就对社会产生深远的影响,其中最为重要的一个方面就是使得社会大众十分重视对市场结构的维持与控制。

在 SCP 范式的导向下,社会大众对市场结构的维持与控制曾经一度走向极端,这个方面最为典型的实例就是美国。自第二次世界大战结束至 20 世纪 60 年代末,在哈佛学派的主导下,^②美国的反托拉斯政策进入了非常严格的“结构主义时代”。在这期间,美国政府不仅对绝对大多数的合并案件采取近似本身违法原则的判断标准,^③而且下令对一些不存在滥用市场支配地位行为但却拥有较高市场份额的企业进行分拆。^④ 这期间的反托拉斯执法呈现出一个非常明显的特点,即“政府总是能赢”。^⑤

虽然伴随着“芝加哥革命”的兴起,结构主义退出反托拉斯政策的历史舞台,但是,“反托拉斯已经不可能不进行结构分析,这主要归功于 SCP 范式的作者们。诚然,他们如此强调结构而贬低行为可能太过了,但这只是一个平衡的问题,而不是根本合理性的问题。即使是 SCP 的最猛烈的批评者也不会把时钟完全倒拨回去”。^⑥这主要表现在现代反垄断法律制度的固有组成部分——经营者集中控制

^① Frederic M. Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Boston: Houghton Mifflin Company, (1990).

^② 哈佛学派主张,为了保持有效竞争,获得令人满意的市场绩效,必须运用反托拉斯政策对市场结构和市场行为,尤其是市场结构的干预来间接地改善市场绩效。

^③ 如 1952 年的伯利恒和扬斯顿公司合并案、1960 年的通用电气公司案件、1962 年的布朗鞋业公司案、1965 年的联合果品公司案和 1967 年的宝洁公司案等。

^④ 在 1945 年的美国诉美国铝业公司案件中,法官没有认定被告存在滥用市场支配地位行为,但是却因被告拥有很高的市场份额被判违法,法院据此下令对被告进行分拆。

^⑤ See William E. Kovacic & Carl Shapiro, 2000, *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, *Journal of Economic Perspectives*, Vol. 14, No. 1, pp. 43 - 60.

^⑥ 赫伯特·霍温坎普:《联邦反托拉斯政策——竞争法律及其实践》,许光耀、江山、王晨译,法律出版社 2009 年版,第 49 页。

制度。

为了维持市场的有效竞争结构,绝大多数国家和地区的反垄断法建立了经营者集中控制制度,授权反垄断执法机关对经营者集中进行适度规制。从实践来看,经营者集中控制制度的实施机制主要是结构性的,条件性的较少;而在结构性的实施机制中,根据欧盟多年的经验来看,“在合并有可能产生或加强妨碍有效竞争的支配地位时,恢复有效竞争的最有效的方式,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”。^①

在市场竞争日益激烈和趋于全球化的背景下,在各国政府积极鼓励本土企业做大做强的社会环境下,资产剥离目前已经成为很多国家或者地区反垄断法上经营者集中控制制度的一个重要实施机制和手段。经营者集中控制制度也就成为资产剥离在反垄断法中的第一条运行轨制,并且它具有非常强的稳定性与普遍性。

(二) “行为”的根治形成的运行轨制

尽管自“芝加哥革命”以来,SCP 范式中的“结构”的地位出现了很大幅度的下降,“结构看作是出现反竞争绩效的先决条件,结构变成了必要的但非充分的原因,在这一经过大大修正的范式中,‘行为’获得了相当大的独立的重要性。”^②但是,SCP 范式并没有像“结构主义”那样淡出反托拉斯的历史舞台,它的思想精髓还在启发与影响着反托拉斯的社会实践,这个突出表现在“在行为主义主导的反托拉斯环境下,不少国家或者地区的相应法律、法规或者政策在规制非法的垄断行为中,在有些情况下,会对涉案企业所处的相关市场的结构进行适度调整以从根本上治理市场上出现的恶性竞争行为。”

在规制滥用市场支配地位行为的案件中,不少国家和地区除了对涉案企业苛征高额的罚款外,在有些情况下还会从市场结构角度出发对涉案企业进行分拆,要求涉案企业将成为竞争问题根源的相关资产加以剥离,这个方面最为典型的实例就是美国 1979 年的 AT&T 反垄断案。1979 年,美国 MCI 对 AT&T 提起了第二次反托拉斯诉讼,指控 AT&T 企图采取不道德的手段扼杀 MCI,要求被告支付至少 10 亿美元的非专项赔偿金,并正式要求解散 AT&T。此案于 1980 年 2 月 5 日在芝加哥联邦地区法院正式开庭审理,法院于 1980 年 6 月 14 日正式作出裁判。

^① Commission Notice on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 4064/89 and under Commission Regulation (EC) No 447/98.

^② See H. Hovenkamp, The Rationalization of Antitrust, 116 Harv. L. Rev. 917(2003).

AT&T 对陪审团的认定非常不满,遂对判决提起上诉,但是在 7 月底被格雷蒂法官驳回,AT&T 将案件移交到芝加哥第七巡回起诉法院以寻求推翻原判决。芝加哥第七巡回起诉法院在接受该案件后,经过慎重审理,最后裁决同意一审给 AT&T 的 10 条罪名中的 8 条。1982 年,在经过长达 8 年(从 1973 年起算)的诉讼后,AT&T 主动开始和美国司法部寻求一个双方都满意的解决方法,即在不影响 AT&T 营业和不影响全国电话系统本身的前提下,使其地区小公司脱离。经过双方的多轮磋商,相关方案基本明确,即在 1984 年 1 月 1 日之前,AT&T 将被最终拆散为许多独立的小公司。1983 年年底,AT&T 开始改组:将原贝尔系统的长话固定业务、电信设备制造和“贝尔试验室”分拆出来,成立了一家独立的“美国电话电报公司”,贝尔系统所属的经营市场和地区性长话业务的 22 家贝尔运营公司(BOC)与其母公司 AT&T 分离,合并组成 7 个地区性贝尔公司。^①

在这种情况下,资产剥离在反垄断法中就出现了另外一条运行轨制,即作为滥用市场支配地位控制制度的一个法律处罚手段。

值得指出的是,虽然古诺寡头垄断公式是 SCP 范式多数支持者所依赖的理论基础,但是作为结构性的控制手段,资产剥离却无法在垄断协议的处罚机制中形成一个独立完整的运行轨制。由于垄断协议问题主要源于两个或者两个以上具有竞争性关系的经营者,在排除宽恕与豁免的情况下,相应的法律处罚应当覆盖于所有涉案企业。尽管在理论上可以将资产剥离适用于此种情况下的所有涉案企业,但是在被处罚对象的经营基本相同或者相似的情况下,对所有涉案企业进行部分资产剥离或者对部分涉案企业进行整体剥离都是不合理的,前者做法难以保证剥离资产的成活性和潜在的竞争性,^②后者做法不会实质性地创造出新的竞争主体,而且无论是在成本还是在效率方面都不如刺激其他新的企业进入相关市场这一简单做法。

二、两个运行轨制的性质差异及形态安排

虽然经营者集中控制制度下的资产剥离与滥用市场支配地位控制制度下的资

^① 如南方贝尔、西南贝尔等,大众称之为“小贝尔”。值得指出的是,在经过 20 多年后,这些“小贝尔”逐步又开始不同程度与范围内的合并。

^② 除了考虑到施行成本外,资产剥离关键要考虑到剥离资产在未来的成活性和由此形成新的竞争主体在市场上的竞争能力;在无法确保被剥离资产能够成活的情况下,它的竞争性是很难形成的;根据美国和欧盟的多年实践,进行非完整性的资产剥离往往是失败的。