

商务部出台新规明确实施经营者集中结构性救济手段的方式

薛熠 顾正平

目录

- | | |
|----|--------|
| 一、 | 背景 |
| 二、 | 规定主要内容 |
| 三、 | 评论 |

商务部于2010年7月5日公布了《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》（下称“实施剥离的规定”），该实施剥离的规定是反垄断执法机构首次以规范性文件的形式明确了对特定经营者集中附加资产或业务剥离条件的实施程序。这也是商务部在颁布了一系列有关经营者集中审查的指南和办法之后出台的又一重要规定，标志着商务部对经营者集中审查的执法实践将步入新的阶段。未来商务部也许会审慎做出禁止实施经营者集中的决定，但对某些引起竞争关注的经营者集中可能会更倾向于做出以剥离为主的附加限制性条件的决定。

一、 背景

根据《反垄断法》及《经营者集中审查办法》，商务部可能就特定经营者集中申报作出：(1)禁止实施，(2)附加限制性条件批准，和(3)无条件批准。其中，限制性条件可以包括：

- 剥离参与集中的经营者的部分资产或业务等结构性条件；
- 参与集中的经营者开放其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；
- 结构性条件和行为性条件相结合的综合性条件。

《反垄断法》实施以来，在商务部公布的附加限制性条件批准集中的审查决定中，松下收购三洋、辉瑞收购惠氏等案例均涉及资产或业务剥离。然而，上述案例中剥离的具体实施方案均是在商务部尚未出台任何有关资产或业务剥离的具体规定的前提下，由商务部与经营者协商确定的。实施剥离的规定的颁布终于结束了此前执法中依据不足的尴尬局面。

二、 实施剥离的规定主要内容

本次公布的实施剥离的规定对资产或业务剥离设置了可供遵循与预测的标准程序。

(一) 自行剥离与受托剥离

按照实施剥离的规定，资产或业务剥离需在商务部的主持与监督下进行，并应当在审查决定规定的期限内完成。按照商务部审查决定，负有资产或业务剥离义务的参与集中的经营者（下称“剥离义务人”）应当在规定的期限内，找到适当的买方并签订出售协议及其他相关协议（即自行剥离）；如果剥离义务人未能如期完成自行剥离，则由剥离受托人按照审查决定规定的期限和方式找到适当的买方，并达成出售协议及其他相关协议（即受托剥离）。

(二) 监督受托人与剥离受托人

剥离义务人应当在商务部做出审查决定之日起 15 日内向商务部提交监督受托人人选，在进入受托剥离阶段 30 日前向商务部提交剥离受托人人选。监督受托人和剥离受托人必须是具有从事受托业务的必要资源和能力的自然人、法人或其他组织，并且应独立于参与集中的经营者和剥离业务（即剥离义务人被剥离的部分资产或业务）的买方，与其不存在实质性利害关系。监督受托人和剥离受托人可以是相同的自然人、法人或其他组织。监督受托人和剥离受托人应当向商务部负责并报告工作。非经商务部同意，剥离义务人不得对监督受托人和剥离受托人发出指示。

(三) 保证监督受托人与剥离受托人履行职责的措施

监督受托人和剥离受托人虽然被要求与剥离义务人签订书面委托协议，报酬由剥离义务人支付，但非经商务部同意，剥离义务人不得解除、变更与监督受托人和剥离受托人的委托协议。实施剥离的规定同时规定，剥离义务人向监督受托人与剥离受托人支付的报酬数量及其支付方式不得损害监督受托人和剥离受托人履行受托职责的独立性及其工作效率。

实施剥离的规定对于剥离业务的买方应符合的条件也做出了明确规定：

- 1、独立于参与集中地经营者，与其不存在实质性利害关系；
- 2、拥有必要的资源、能力并有意愿维护和发展被剥离业务；
- 3、购买剥离业务不会产生排除、限制竞争的问题；
- 4、如果购买剥离业务需要其他有关部门的批准，买方应当具备取得其他监管机构批准的必要条件。

(四) 剥离期限

实施剥离的规定明确规定，无论是在自行剥离还是委托剥离受托人剥离的情形下，剥离义务人皆应在出售协议及相关协议签订之日起 3 个月内将剥离业务转

移给买方，并完成所有权转移等相关法律程序。根据案件具体情况，经剥离义务人申请并说明理由，商务部可酌情延长业务转移的期限。

三、 评论

商务部已经从之前的一些案例中积累了一些监督交易方实施资产或业务剥离方案的经验。通过颁布实施剥离的规定，商务部将这些经验转化为成文规范。由此，商务部进一步完善了经营者集中审查的规范体系，建立和公开了包括从申报、审查、做出决定，到在其监督下实施资产或业务剥离的完整程序。有关经营者集中的各方主体也有了可以明确遵循的文件依据。

但是，实施剥离的规定还存在需要进一步细化和明确的地方，例如对于监督受托人和剥离受托人的资格认定和遴选程序。尤其是我们认为涉及到剥离的经营者集中都是非常重大的交易，监督受托人和剥离受托人的责任重大，鉴于中国的国情，现阶段自然人不宜担任监督受托人和剥离受托人。我们建议应当由具有一定规模和实力的律师事务所、会计师事务所、资产管理公司、投资银行等专业机构担任监督受托人和剥离受托人。

对于如何管理和监督监督受托人和剥离受托人也是需要在实践中考虑的问题。根据实施剥离的规定，委托人（即剥离义务人）在没有征得商务部同意的情况下，不得对受托人（即监督受托人和剥离受托人）发出独立指示，委托人也无权过问监督受托人和剥离受托人向商务部出具的报告。在此情况下，如何确保监督受托人和剥离受托人既能向商务部负责，又能最大限度地维护委托人的利益也是值得探讨的实践问题。另外，实施剥离的规定中要求监督受托人和剥离受托人向商务部提交监督报告、评估报告等各种报告，但对报告的具体内容和形式均没有具体说明，这些也是需要在今后的规定中细化的。

有关本简报及中国反垄断法律、法规及其实践的更多信息请联络：

薛熠 合伙人

电话: +86 10 5957 2288

直线: +86 10 5957 2057

电邮: xueyi@zhonglun.com

顾正平 合伙人

电话: +86 10 5957 2288

直线: +86 10 5957 2022

电邮: michaelzpgu@zhonglun.com

本简报仅为一般信息，不应被视为法律意见或建议。