

先行修正和买家前置 规则比较研究

叶 军^{*}

摘 要 先行修正和买家前置是欧美经营者集中反垄断控制执法的常用规则,我国执法实践中也有类似需求,但尚无明文规定。美国司法部青睐先行修正,美国联邦贸易委员会则倾向买家前置,欧盟对两种做法都有规定,但由于执法机制的差异,与美国又有不同。在我国以行政裁决为中心的反垄断执法机制下,附条件批准经营者集中具有行政行为属性,以此执法机制为背景,我国类似制度建设可考虑如下建议:第一,允许当事人自行调整集中交易;第二,允许当事人先行修正集中交易;第三,参考欧美的做法和德国关于中止条件、解除条件的规定创设买家前置规则。

关 键 词 反垄断 经营者集中 先行修正规则 买家前置规则

禁止垄断协议、禁止滥用市场支配地位和经营者集中反垄断控制已经成为各司法辖区反垄断立法公认的三大组成部分。^{〔1〕} 先行修正和买家前置是经营者集中反垄断控制制度中的具体规则,是欧美反垄断执法机构办理具有反竞争影响的经营集中案件采取的具体措施。美国司法部青睐先行修正的做法,美国联邦贸易委员会则倾向使用买家前置规则,欧盟对两种做法都有规定,但与美国的先行修正和买家前置规则又有所不同。无论是先行修正规则,还是买家前置规则,无论是美国的做法,还是欧盟的做法,其目的主要是为了能够先行采取措施调整集中交易内容,或者事先采取措施确保成功进行资产剥离,以切实提高案件审查效率,消除

^{*} 商务部反垄断局。本文初稿和资料收集得到了中国政法大学郝倩副教授、北京市第三中级人民法院霞法官、邓飞博士、黄存真女士等诸位同事好友的讨论、批评和协助,谨此致谢,文责自负。

〔1〕 极少数司法辖区的反垄断立法如我国的《反垄断法》还规定了“滥用行政权力排除、限制竞争”,即通常所说的“行政垄断”,但理论通说未将行政垄断作为反垄断法的主要组成部分。

或减轻经营者集中带来的反竞争影响。^{〔2〕}

我国《反垄断法》及其配套规定均未规定先行修正和买家前置规则,在商务部已经公布的附加限制性条件批准案件中,也未见适用先行修正和买家前置规则的情形。但从商务部公告的案件来看,已经存在适用先行修正和买家前置规则的需要,例如在嘉能可国际公司收购斯特拉塔公司案的公告中就规定了无底价拍卖的备选资产。^{〔3〕} 特别应当注意的是,可能引发反竞争影响的大型经营者集中,往往需要同时向包括欧美在内的多家反垄断执法机构申报,如果欧美主要反垄断执法机构适用先行修正或买家前置规则,就有与这些反垄断执法机构协调执法进程的需要。例如在赛默飞世尔科技公司收购立菲技术公司案^{〔4〕}中,美国联邦贸易委员会适用了买家前置规则,其审查决定一经做出,拟剥离的资产及买家就都已确定,即便其他司法辖区早已做出审查决定,也只能在执行程序中评估适当买家。^{〔5〕} 在反垄断法规则方面的

〔2〕 20 世纪 80 年代和 90 年代早期的美国经营者集中反垄断执法重点考虑剥离资产的范围,忽略了成功剥离的可能性和有效性,随着申报案件和剥离案件的增长,这种状况到克林顿政府早期从美国联邦贸易委员会开始有所改善。美国联邦贸易委员会发现:合并方试图寻找满足最低标准的买家(对此美国联邦贸易委员会一直在澄清如下事实:委员会只选择其认为必要的救济措施,而不承认当事人有权采取最低介入程度的救济措施。See Molly S. Boast, “Federal Trade Commission merger remedies: shattering the myths”, *George Washington Law Review*, October/December 2001). 大多数拟剥离资产的买家比想象的缺少运营企业所需的信息,也更容易出现错误。这为美国反垄断执法机构特别是联邦贸易委员会采取保障措施,干预资产剥离提供了事实基础。See “A study of the commission’s divestitures process (public version)”, prepared by the Staff of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, William J. Baer Director, 1999.

〔3〕 见商务部公告 2013 年第 20 号《关于附加限制性条件批准嘉能可国际公司收购斯特拉塔公司经营者集中反垄断审查决定的公告》。公告要求嘉能可在 2015 年 6 月 30 日之前完成拉斯邦巴斯项目的转让交割,但显然对嘉能可是否能够按时履行义务存有疑虑,为此同时采取了两种防范和后备措施:第一,细化剥离进度,包括:①自本公告公布之日起 3 个月内,嘉能可应当启动出售拉斯邦巴斯项目的程序并公布其出售要约公告;②应定期向商务部报告其寻找潜在买方的情况并于 2014 年 8 月 31 日前向商务部提交关于潜在买方的详细情况;③2014 年 9 月 30 日之前,除非经商务部同意延期,嘉能可应当与经商务部同意的买方签订具有约束力的出售协议;④2015 年 6 月 30 日之前,嘉能可应当完成上述出售协议项下拉斯邦巴斯项目的转让交割。第二,如嘉能可未能于 2014 年 9 月 30 日之前按上述要求与经商务部同意的买方签订具有约束力的出售协议,或者虽签署协议但未于 2015 年 6 月 30 日之前完成协议项下拉斯邦巴斯项目的转让交割,除非经商务部同意,嘉能可应当委任剥离受托人,分别自 2014 年 10 月 1 日或者 2015 年 7 月 1 日起 3 个月内,无底价拍卖商务部指定的其在下述任一项目中的全部权益:坦帕坎(Tampakan)、芙蕾达河(Frieda River)、埃尔帕琼(El Pachón)或阿伦布雷拉(Alumbrera)。

〔4〕 见商务部公告 2014 年第 3 号《关于附加限制性条件批准赛默飞世尔科技公司收购立菲技术公司案经营者集中反垄断审查决定的公告》。公告要求赛默飞世尔科技公司剥离如下资产:①剥离其全球细胞培养业务,包括确保剥离业务存活性、可售性和竞争力所需的有形资产和无形资产;②出售其所持有的位于中国境内的兰州民海生物工程有限公司 51% 股权;③剥离其全球基因调整业务,包括确保剥离业务存活性、可售性和竞争力所需的有形资产和无形资产。

〔5〕 在此案中,商务部 2014 年 1 月 14 日公告审查决定并随即进入审查决定的执行程序。美国联邦贸易委员会 2014 年 1 月 31 日批准集中交易,但一经做出剥离资产的买方就已经确定,其他已经做出审查决定并处于执行程序的司法辖区必须与美国联邦贸易委员先行确定的买家协调一致。

差异已经成为当今各国经济发展的一大障碍,在不同程度上损害了竞争法最终目标的实现。^{〔6〕}经营者集中反垄断执法的国际协调的必要性显而易见,各司法辖区经营者集中立法的逐步统一和执法活动的协调无可避免,中国作为最活跃的新兴市场之一,其反垄断执法机构也难以置身度外。在此情形下,本文力图追根溯源,全面深入分析当今世界三大反垄断执法机构美国联邦贸易委员会、司法部和欧委会的做法、规则内容、适用情形和作用,揭示不同规则背后的执法机制根源,并在此基础上对我国反垄断立法执法的实际情况进行评析思考。

一、先行修正和买家前置规则溯源

在欧美的反垄断执法实践中,先行修正^{〔7〕}规则是指,在经营者集中案件审查过程中,反垄断执法机构做出决定之前,当事方先行对集中交易的内容进行修正,以消除执法机构的竞争关注,避免其进一步审查(美国司法部的做法)或获得其批准(欧委会的做法)。^{〔8〕}买家前置^{〔9〕}规则是一项确保资产剥离能够被适当实施的保障措施。该措施要求剥离义务人必须在找到适格的买家,签署资产出售协议并经反垄断执法机构认可之后,反垄断执法机构才发布同意令(美国联邦贸易委员会的做法),或允许剥离义务人实施集中(欧委会的做法)。找到适格的买家,签署资产出售协议并经反垄断执法机构认可属于执行剥离措施的内容,通常情况下可以在附条件批准的决定作出后,甚至在实施经营者集中之后再予以实施,但在买家前置规则下,这些工作作为先决条件被前置了。

根据欧美目前的做法,先行修正规则是解决存在反竞争影响的经营者集中的程序性做法,既区别于当事人对集中交易的自行调整,也区别于附条件或附负担批准中的条件和负担。先行修正区别于自行调整,自行调整是当事方自行对交易内容的改变,通常发生在申报之前,或反垄断执法机构对申报的经营者集中提出竞争问题之前。如果申报人通过自行评估,认为集中交易可能存在反竞争影响,申报人完全可以自行调整交易内容,以避免反垄断执法机构提出竞争问题或对交易进一步审查。这种意义上的调整通常与反垄断执法机构提出竞争问题没有关

〔6〕 参见尚明:“国外反垄断立法和执法理念的变化与调整”,《行政管理改革》2009年第4期。

〔7〕 先行修正翻译自 fix it first,早期有将 fix it first 翻译为“定资先行”的,后来多有沿用定资先行译法的出版物和文章,还有诸如“先行解决”、“先行矫正”、“事前补正”和“优先确定”等译法。根据 fix it first 规则的本意,笔者认为译为先行修正、先行调整、先行矫正都能够比较确切地反映其指代的内容,虽然“定资先行”已多被采用,但欠准确,笔者采“先行修正”的译法。

〔8〕 与美国类似,随着附条件批准案件数量增长,欧委会开始倾向于认为“完整”剥离是唯一有效的救济方式,欧盟学习美国的经验接受买家前置规则,是激励当事方迅速找到适当买家,确保剥离的执行能够恢复竞争而不是可能恢复竞争的重要措施之一。See Barry E. Hawk, James S. Venit, Henry L. Huser, “Recent developments in EU merger control”, *Antitrust*, spring, 2001. 虽然欧盟的先行修正规则源自美国,但欧盟根据自身的执法机制进行了相应调整,故具体做法有所不同。

〔9〕 买家前置翻译源于 up front buyer,除此之外还有“买家先行”、“直接买受人”、“先期买方”、“一线购买人”、“现时买家”和“优先买家”等译法。综合考虑英文字面含义和 up front buyer 规则的具体内容,笔者认为译为买家前置、买家先行、先期买方都能够相对确切地反映 up front buyer 指代的保障措施,笔者采“买家前置”的译法。

联,反垄断执法机构也无须对这种调整予以认可,当事方申报和反垄断执法机构受理的集中都是当事方经过调整后的交易。因此美国司法部两次发布的合并救济反垄断政策指南,均明文规定不把这种调整视为先行修正。^{〔10〕}先行修正区别于附条件批准,附条件批准是反垄断执法机构经过审查,认为拟议集中存在或者可能存在排除限制竞争的影响,通过附加条件以消除或减轻反竞争影响,并在此基础上批准经营者集中的做法。这种对集中交易的修正发生在审查过程中,在执法机构的直接监管下进行,且必须能够解决反垄断执法机构提出的反竞争问题。^{〔11〕}

从欧美关于先行修正的立法演变来看,欧美反垄断执法机构对先行修正的性质也有一个不断调整的认识过程。美国司法部反垄断局2004年发布的《合并救济反垄断政策指南》把先行修正界定为结构性救济措施(structural remedy)。^{〔12〕}四年后的2008年欧盟发布《欧委会根据理事会第139/2004号条例和欧委会第802/2004号条例关于可接受的补救的通告(2008)》^{〔13〕}(以下简称《欧盟关于救济措施的通告(2008年)》)第一次规定先行修正,或许是受到美国司法部反垄断局2004年发布的《合并救济反垄断政策指南》的影响,把先行修正规定在第三章“救济的类型”中的业务出售中,且标题为“Fix-it-first remedies”(先行修正救济措施),但就其内容来看,“Fix-it-first remedies”实际上是资产剥离救济的一种实施方式。美国司法部反垄断局2011年修订后发布的《合并救济反垄断政策指南》把先行修正的性质修改为“structural solution”(结构性解决方案)。^{〔14〕}尽管两者英文表述只有一词之差,却反映了美国司法部对先行修正规则认识的不断深入和精准。

买家前置也不是独立的救济措施,而只是实施资产剥离的一种方式,是确保资产成功剥离的保障措施。在效果上,买家前置和停止条件有类似之处,即在当事人找到适格的买家,签署资产出售协议并经反垄断执法机构认可之前,不得实施集中(欧委会的做法),或者反垄断执法机构不会做出同意令(美国联邦贸易委员会的做法)。从理论上讲,适用买家前置的前提是,附加资产剥离条件的经营者集中批准决定已经做出,买家前置只是实施该决定的措施,该措施可以包含在批准决定中,也可以独立于决定之外。欧盟关于买家前置的做法比较典型,欧委会率先做出附剥离条件的批准决定,但当事人不得实施集中,除非当事人找到合适的买家,签署资产出售协议并经反垄断执法机构认可。美国联邦贸易委员会关于买家前置的做法更为灵活,剥离义务人必须在找到适格的买家,签署资产出售协议并经反垄断执法机构认可之后,反垄断

〔10〕 U. S. Department of Justice Antitrust Division, *Antitrust Division Policy Guide to Merger Remedies* (October 2004) (June 2011),根据2004年指南IV. A.A第一段和注释36,先行修正是在集中完成之前,由当事方实施并经反垄断局认可的一种结构救济措施。当事方可以单方面决定改变交易内容,以消除潜在的竞争损害,虽然这种做法(自行调整)可以避免反垄断局对交易进行进一步调查,但由于反垄断局没有“认可”过这种补救方式,本《指南》不将其视为一种先行修正措施。2011年指南在IV. A.1第一段和注释46继续保留了2004年指南的上述内容。

〔11〕 此处对附条件批准的界定是对其共性的大致表述,因各司法辖区执法机制的区别,对附条件批准的界定还有很多细节的差异,鉴于此非本文论述的重点,不再展开讨论。

〔12〕 U. S. Department of Justice Antitrust Division, *Supra* note 10, IV. A, para.1

〔13〕 Commission notice on remedies acceptable under Council Regulation (EC) No 139/2004 and under, Commission Regulation (EC) No 802/2004, (2008).

〔14〕 U. S. Department of Justice Antitrust Division, *Supra* note 10, IV. A. 1, para.1.

执法机构才发布同意令。理论上,当事人不能履行买家前置义务,执法机构仍然可以强制执行已经做出的附条件批准决定,但在美国联邦贸易委员会适用买家前置时,通常不会发生强制执行剥离条件的情形,因为如果当事人没有找到适格买家,联邦贸易委员会就不会发布同意令。在性质上,买家前置属于确保条件(conditions)得以实施的义务(obligations),而不是条件本身。但在执法实践中,可以通过附加中止条件或者解除条件,把买家前置义务作为条件的一部分,也能够取得类似独立适用买家前置的效果。尽管在执法实践中,买家前置既可以作为中止条件处理,也可以作为解除条件处理,但在具体适用上又有所不同。

附加中止条件的情形是指,附条件批准经营者集中的决定已经做出,但不发生法律效力或当事人不能实施集中,只有在所附加的条件成就后,即当事人找到适格的买家,签署资产出售协议并经反垄断执法机构认可后,批准决定才生效或当事人才能实施集中。如果上述条件不成就,则批准决定不生效,当事人不仅不能实施集中,执法机构也不能强制执行附加的剥离条件。按照德国卡特尔局的做法,如果找到适当买家存在困难,待剥离业务的存活性存在风险,或者救济方案涉及集中的重要内容,通常会附加中止条件。欧盟关于买家前置的做法更类似于中止条件,即当事人找到适格买家,签署资产出售协议并经反垄断执法机构认可后,当事人才能实施集中,欧盟做法与附加中止条件的区别在于,后者批准决定虽然做出但不生效,当事人也不能实施集中,直到中止条件成就,批准决定才生效,当事人才可实施集中。美国关于买家前置的做法就更加灵活,在当事人找到适格买家,签署资产出售协议并经反垄断执法机构认可之前,美国联邦贸易委员会根本就不会发布同意令,不存在类似附加中止条件的情形。

附加解除条件的情形是指,附条件批准经营者集中的决定一经做出即生效,当事人可以实施经营者集中,但解除条件一旦成就,即当事人没有找到适格买家,签署资产出售协议并经反垄断执法机构认可,批准决定自动失效。在德国的反垄断执法实践中,如果潜在买家对拟剥离资产充满兴趣,预计能够在短期内顺利出售,则通常会适用解除条件。在法律效果上,附加解除条件和附加义务有类似的一方面,即都能够使审查决定立即生效,当事人可以立即实施集中;主要差异在于解除条件成就和违反义务的后果不同,如果解除条件成就,批准决定自动失效并且集中交易被禁止,如果当事人违反义务,执法机构可以撤回、废除或者修改批准决定,任命受托人恢复原状以及罚款等。尽管在需要适用解除条件的情形下,可以通过适用买家前置达到类似目标,但因为一旦当事人不能按照批准决定找到适格买家,签署资产出售协议并经反垄断执法机构认可,附解除条件的批准决定当然失效;而如果当事人违反义务,则需要执法机构另外启动一个新程序并做出撤回、废除、修改、恢复原状或罚款的新决定。附加解除条件的做法因为处理程序更为简单而为德国反垄断执法机构所接受。^{〔15〕}

〔15〕 我国《反垄断法》只规定了附加限制性条件而没有规定附加义务,但在具体案件的审查决定中既有附条件的表述,也有附加义务的表述。笔者认为,在经营者集中反垄断控制制度中,条件和义务是不同的法律概念,特别是在确定审查决定的法律效力、因执行公告引发的争议处理程序以及条件不成就或义务不履行的法律后果等方面存在重要区别。以大陆法系为传统的司法辖区如德国、我国台湾地区和欧盟均明确区分了条件和义务,我国反垄断法采取了成文法模式,法律框架和执法机制与欧盟及其主要成员国相似,有必要在理论和执法实践中对两者予以区分。本文讨论先行修正和买家前置性质的用意也在于此。

二、先行修正规则适用分析

先行修正是美国司法部青睐的做法,美国司法部反垄断局在2004年10月和2011年6月两次发布的《合并救济反垄断政策指南》均规定了先行修正。美国联邦贸易委员会则更倾向于使用买家前置,在美国联邦贸易委员会发布的文件中没有规定先行修正。先行修正是美国司法部解决可能实质性减少竞争的经营者集中的方式之一。美国司法部对可能实质性减少竞争的经营者集中可以通过如下三种方式解决:第一,寻求绝对的禁止令,阻止当事方实施并完成交易。第二,与当事方协商达成和解,通过和解同意令(a consent decree)附条件解决,和解协议由司法部与当事人签署后,根据《特尼法案》(the Tunney Act)^[16]提交给联邦地区法院备案,且需要进行为期60天的公示,接受法院有关是否符合公共利益的审查后成为有约束力的法院命令。^[17]第三,接受先行修正解决方案,允许当事方根据司法部提出的竞争问题,先行修正集中交易的内容,避免司法部对交易进一步审查。如果司法部认为先行修正措施可以消除反竞争影响,将终止案件调查,不再要求当事方签署和解同意令,也不再向法院起诉寻求禁止令。

欧盟在2001年发布的《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告(2001/C 68/03)》^[18](以下简称《欧盟关于救济措施的通告(2001年)》)没有规定先行修正,2008年发布的《欧盟关于救济措施通告(2008年)》首次规定了先行修正。^[19]对资产剥离的救济措施,欧盟通常通过三种方法将拟剥离资产转让给适格买方:第一,在欧委会做出附条件批准决定后的规定时间内,剥离义务人将拟剥离资产转让给欧委会批准的买方。在这种情形下,附条件批准决定作出后,当事人即可实施集中。第二,除前条规定的条件外,剥离义务人承诺,在与适格买方就拟剥离资产达成有约束力的协议前不会实施集中交易,即买家前置。第三,采取先行修正措施,在欧委会对经营者集中审查过程中,针对欧委会提出的竞争问题,当事人自行找到拟剥离资产的买方并签订有约束力的出售协议,经欧委会认可后附条件批准。^[20]

适用先行修正规则的经营者集中案件,须已申报受理并处于审查过程之中。反垄断执法机构经审查认为存在反竞争影响,当事人据此向执法机构提出先行修正申请,在得到执法机构同意后适用先行修正。尽管美国司法部反垄断局2011年修订发布的《合并救济反垄断政策指南》规定,如果当事人表示其有意进行先行修正且符合下述条件,反垄断局可能对其先行修正

[16] Antitrust Procedures and Penalties Act (Tunney Act), 15 U.S.C. § 16.

[17] (美)伊莲·K. 格茨主编:《美国并购审查程序暨实务指南(第三版)》,李之彦、王涛译,北京大学出版社2011年版,页269—278。

[18] *Supra* note 13.通说认为,欧盟的先行修正规则参考了美国的做法,《欧盟关于救济措施的通告(2001年)》没有规定先行修正规则的原因是,其早于美国司法部《合并救济反垄断政策指南(2004年)》首次规定先行修正规则之前颁布。

[19] *Supra* note 13, para.56, 57.

[20] *Supra* note 13, para.50.

的申请予以考虑,^[21]但指南并没有明确规定适用先行修正的前提条件。司法部前代理部长助理表示,如果合适的救济是清晰的结构调整,例如剥离商业实体,那么先行修正就是更好的选择,在反垄断局可以确定适当的买家和拟剥离资产的情况下也适合采用先行修正。^[22]欧委会则特别欢迎在买方身份对有效实施资产剥离至关重要的案件中适用先行修正规则,例如只有极少数潜在买方的情况,特别是拟剥离资产本身的活力取决于特定买方拥有的特定资产或者特定资质的情况,只有拥有这些特定资产或者特定资质的买方才可能确保拟剥离资产得以成活并具有市场竞争力,^[23]再如,拟剥离资产不构成独立的业务单元,或者运营拟剥离资产需要特殊的资源支持等。在既往案例中,欧委会认为,剥离移动电话基站和频率只有剥离给类似剥离义务人的竞争者才有意义,^[24]剥离纸浆设备生产业务不仅技术要求高,而且公司信誉对企业参与市场竞争很重要,一般公司购买后确保成活并实质参与竞争的难度很大。^[25]欧委会认为先行修正方案足以消除反竞争影响并予以认可后,将以此为条件批准经营者集中,且不再对剥离资产的买方进行重复审查。一旦欧委会做出附条件批准的决定,剥离义务人和买方即可很快交割。

在适用先行修正的情形下,由当事人自行决定通过哪些方式修正交易,解决竞争问题,执法机构通常不予干预。因此先行修正给当事人以极大的灵活度,当事人可以自行寻找其认为可行的买家,确定符合当事人自身和买家需要的剥离资产范围,特别是剥离哪些资产可以根据买家情况量身定做。在这种情况下,执法机构通过允许当事人以自行修正交易方案的办法来解决竞争问题,使得当事人能够以最小的改变获得批准。^[26]与此不同的是,通过法院发布和解同意令剥离的资产,必须是保障任何潜在买家都能有效维持竞争所需的资产。^[27]先行修正采取的典型措施是当事人将特定的资产出售给第三方,^[28]不能含有集中完成后仍需执法机构监督实施的行为性义务。美国司法部反垄断局 2011 年修订后发布的《合并救济反垄断政策指南》明确规定,如果需要合并后企业在交易完成后再实施持续性义务,例如履行防火墙义

[21] U. S. Department of Justice Antitrust Division, *Supra* note 10. IV. A. 1, para. 2.

[22] R. Hewitt Pate, "Antitrust Enforcement at the United States Department of Justice: Issues in Merger Investigations and Litigation", *Columbia Business Law Review*, 2003.

[23] *Supra* note 13, para. 57.

[24] See Case COMP/M.3916, T-Mobile Austria/Telering, 在该案中,欧委会认为,拟剥离的移动电话基站和频率不构成独立的有活力的业务,只有那些在市场上扮演与剥离义务人 telering 类似角色的竞争者,才可能成为确保拟剥离资产成活并发挥竞争力的合格买方。

[25] See Case M4187, Metso/Aker Kvaerner, 在该案中,欧委会认为,拟议交易可能严重削弱纸浆生产设备市场的竞争,欧委会同时发现,生产纸浆设备的技术要求很高且信誉对参与市场竞争非常重要。相关市场上只有 GL&V 公司具有必须的专有技术且在相邻市场上有商业存在,在当事人承诺将相关业务剥离给 GL&V 公司消除纸浆设备方面的业务重叠后,欧委会同意了该交易。

[26] Jessica C. Strock, "Setting the Terms of a Break-up: the Convergence of Federal Merger Remedy Plots", *William and Mary Law Review*, May, 2012.

[27] U. S. Department of Justice Antitrust Division, *Supra* note 10. IV. A. 1, para. 2.

[28] Logan M. Breed, David J. Michnal, "Merger Remedies: The DOJ'S New Guide to Old Differences With the FTC", *Antitrust*, Spring, 2005

务、按照供应协议向剥离资产的买家持续供应某投入品以及其他的行为救济措施,包含这些内容的先行修正是不可接受的。^{〔29〕}如果修正经营者集中的反竞争影响必须附加这样的行为性条件,美国司法部反垄断局则会通过诉诸法院,由法院发布和解协议同意令的方式解决。^{〔30〕}因为在美国只有通过法院发布的命令才有强制执行的法律效力,司法部反垄断局通过这种方式,才能够确保合并后的企业遵循该协议,执行行为性条件或者义务。除了《指南》规定的必须采取非结构性救济措施之外,如果时间紧急、当事人无法确定买家、拟剥离资产需要及时出售、拟剥离资产无法与剥离义务人清晰划分,例如需要进行技术许可或者解决其他知识产权问题,也不适合进行先行修正。^{〔31〕}

当事人应当向执法机构提交先行修正方案,包括但不限于拟出售资产的范围、资产出售协议、出售条件和买方情况等。在美国,司法部反垄断局会对先行修正方案,包括但不限于拟剥离资产、买家与剥离义务人的关系以及先行修正的救济力度进行审核,以确保先行修正措施能够切实解决竞争问题。司法部反垄断局认为,可接受的先行修正的救济力度,应该不低于提起诉讼所能带来的救济力度。^{〔32〕}美国司法部反垄断局一旦认可当事人提交的先行修正方案,将不再通过法院寻求和解同意令,也不会向法院提起诉讼,但保留向法院提起诉讼的权利。美国司法部认为,从实务角度看,先行修正措施可以真正修正经营者集中,正如其司法部部长助理所说,只有拟议交易的结果违反法律时(存在反竞争影响),我们才会去寻求和解协议,如果当事人以某种方式改变交易并因此消除了我们的竞争担忧,那么我们就不能再提起诉讼挑战这项不再违反反垄断法的交易。^{〔33〕}为确保先行修正措施得以实施,美国司法部反垄断局2011年修订的《合并救济反垄断政策指南》对此还有所保留,该《指南》规定,除非当事人能够事先签订一份时限协议及和解协议,如果当事人不能按照时限协议及时履行先行修正义务,司法部可以随时将和解协议提交法院,发布同意令强制当事人履行义务。^{〔34〕}

先行修正规则备受美国司法部反垄断局青睐,在2001年6月到2003年7月期间,美国司法部反垄断局对43个案件提出反竞争关注,其中有12个适用了先行修正规则,^{〔35〕}这从一个侧面说明,先行修正规则在美国反垄断执法实践中占据重要地位。笔者认为,与通过寻求和解同意令解决竞争问题相比,适用先行修正规则的主要意义在于:

第一,适用先行修正规则提高了案件办理效率,更加有效地维持了市场竞争。在美国,如

〔29〕 U. S. Department of Justice Antitrust Division, *Supra* note 10, IV. A. 1, para. 4.

〔30〕 U. S. Department of Justice Antitrust Division, *Supra* note 10, IV. A. 1, para. 4.

〔31〕 R. Hewitt Pate, *Supra* note 22.

〔32〕 U. S. Department of Justice Antitrust Division, *Supra* note 10, IV. A. 1, para. 3.

〔33〕 See R. Hewitt Pate, "Antitrust Enforcement at the DOJ—Issues in Merger Investigations and Litigation 12" (Dec. 10, 2002), 转引自: Logan M. Breed, David J. Michnal, *Supra* note 28.

〔34〕 U. S. Department of Justice Antitrust Division, *Supra* note 10, note 48.

〔35〕 See R. Hewitt Pate, "Statement Before the Committee on the Judiciary, U.S. House of Representatives, Concerning Antitrust Enforcement Oversight 9" (July 24, 2003), 转引自: Logan M. Breed, David J. Michnal, *Supra* note 28.

果司法部通过寻求和解同意令的方式解决经营者集中存在的反竞争问题,需要与当事人进行漫长复杂的谈判甚至诉讼。如果采取先行修正的办法,则可以避免禁止或附条件批准必须履行的复杂程序和时间拖延,既降低了当事企业的成本,也节约了执法资源,有利于消费者更快享受到福利提高的成果。^{〔36〕}先行修正这种方式使得司法部反垄断局在不对集中交易提起诉讼的情况下就可以消除其竞争关注,因此采用先行修正能够比发布同意令更快、更高效地维持市场竞争,并使反垄断局更有效地利用执法资源。^{〔37〕}

第二,先行修正规则解决问题的方式更加灵活,且有利于维持拟剥离资产的竞争力。先行修正规则给当事人剥离哪些资产以更大的自主权,当事人可以综合执法机构提出的竞争问题、自身的经营规划、潜在买家需要的不同资产组合等因素,灵活选择各种解决方案,自行量身定做剥离的资产范围,如当事人可以向特定的买家出售经过其筛选的资产。^{〔38〕}先行修正措施通常是最有利于各方商业运作的解决方案,可以最大限度地降低行政干预。相反,发布同意令则必须剥离那些确保任何潜在买家都能有效维持竞争所需的资产。^{〔39〕}因此,先行修正规则为当事人提供了更符合商业规律、更加灵活的自行寻求解决方案的机会。

第三,降低了反垄断执法机构的风险。尽管在美国司法部发布的指南性文件中没有明确提及这一点,在学者文献中也少见论及此事,但事实上却是司法部青睐先行修正的重要原因之一。因为在适用先行修正规则的情形下,司法部不需要与当事人商谈条件,不需要向公众公开相关文件接受评议,也不需要向法院提交和解协议,更不需要向法院提起诉讼。从而在解决其竞争关注的前提下,有效避免了当事人、社会公众和法院对其审查程序和结论的挑战,极大地降低了执法行为被挑战并遭遇失败的风险。

三、买家前置规则适用分析

早在1999年,美国联邦贸易委员会竞争局以其职员个人名义发布的研究报告《美国联邦贸易委员会竞争局关于剥离程序的研究(1999年)》^{〔40〕}中就提到了买家前置的问题。^{〔41〕}2003年4月,联邦贸易委员会竞争局发布的《合并救济商谈声明(2003年)》^{〔42〕}明确规定了买

〔36〕 Logan M. Breed, *Supra* note 28

〔37〕 U. S. Department of Justice Antitrust Division, *Supra* note 10, IV. A. 1, para. 1 and IV. A. 1, para. 2.

〔38〕 Logan M. Breed, David J. Michnal, *Supra* note 28.

〔39〕 U. S. Department of Justice Antitrust Division, *Supra* note 10, IV. A. 1, para. 2.

〔40〕 *A Study of the Commission's Divestitures Process (public version)*, Prepared by the Staff of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, William J. Baer Director, 1999.

〔41〕 1999年的研究报告是对此前执法案件的研究分析,虽然该报告首次提到买家前置,但买家前置并不是报告引入的新概念,事实上委员会早已开始适用买家前置,例如在报告发布之前的1998年度14个资产剥离的案件有40%适用了买家前置。See Molly S. Boast, *Supra* note 2.

〔42〕 Joseph J. Simons Director, *Negotiating Merger Remedies Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission*, April 2, 2003.

家前置,2012年1月重新修订发布的《合并救济商谈声明(2012)》^[43]则进一步完善了买家前置的规定。从执行情况来看,美国联邦贸易委员会适用买家前置由来已久。《美国联邦贸易委员会竞争局关于剥离程序的研究(1999年)》发现,美国联邦贸易委员会频繁适用买家前置,虽然委员会声称,对买家前置只是“倾向”而不是“必须”适用,但数据显示这种“倾向”极其强烈。早在1997年之前的数年,美国联邦贸易委员会大概有17%的同意令要求买家前置,到1997年这一比例达到峰值85%,^[44]此后三年的平均值回落到60%左右,^[45]并保持持续降低的趋势,但总体比例仍较为可观,如在2002年到2003年间,联邦贸易委员会发布的至少17个要求剥离的同意令中有41%要求买家前置。美国司法部适用买家前置的情形则形成鲜明对比,同期司法部发布的6个同意令均未采取买家前置。^[46]

美国司法部则长期不认可买家前置规则,在其2004年10月发布的《合并救济反垄断政策指南》中没有规定买家前置规则,尽管在注释中有所提及,但其主旨也是否定买家前置。美国司法部认为,通过先行修正制度当事方可以自由确定合格买方,^[47]而且与买家前置相比,允许在确定买家前完成交易意味着能够尽快实现集中的好处,^[48]反垄断局在案件审查中的工作重点是明确应当快速剥离的适当资产组合,而不是挑选合格的买方,如果反垄断局准确地确定了拟剥离的资产,很快就会有合格的买家。^[49]但后来美国司法部的态度有所转变,因为事实并非总是如此,合格买家不会自动出现,而需要司法部进行如下测试:①剥离本身不会导致竞争损害;②潜在买家必须有进入相关市场的动机;③潜在买家在相关市场拥有相匹配的财务及其他方面的经验,^[50]自此司法部开始承认和少量适用买家前置,如在克林顿政府时期,美国司法部有9%的案件适用了买家前置。^[51]美国司法部2011年6月修订发布的《合并救济反垄断政策指南》也转变态度认可了买家前置,但规定的内容相对简单,同时要求包含买家前置的同意令必须同时包含替代性救济措施,以防前置的买家退出购买协议。^[52]

[43] Richard Feinstein Director, Negotiating Merger Remedies Statement of the Bureau of Competition of the Federal Trade Commission, January 2012.

[44] William J. Baer, Deborah L. Feinstein, Randal M. Shaheen, “Taking stock: Recent trends in U.S. merger enforcement”, *Antitrust*, Spring, 2004.

[45] Richard G. Parker, “Global Merger Enforcement” (September 28, 1999) available at <http://www.ftc.gov/public-statements/1999/09/global-merger-enforcement>.

[46] William J. Baer, Deborah L. Feinstein, Randal M. Shaheen, *Supra* note 44.

[47] U. S. Department of Justice Antitrust Division, *Supra* note 10.

[48] R. Hewitt Pate, *Supra* note 22.

[49] 美国司法部认为,确定买家并不是选出“最好”的买家,即最有可能将拟剥离资产价值最大化的买家,而是那些最有可能恢复因集中而损失的竞争的买家。同上注。

[50] Jessica C. Strock, *Supra* note 26.

[51] William J. Baer, Deborah L. Feinstein, Randal M. Shaheen, *Supra* note 44. 进入克林顿政府时期,美国反垄断执法机构开始由更多关注资产剥离范围,向更多关注资产剥离的效果转变,买家前置也因此得到重视。

[52] U. S. Department of Justice Antitrust Division, *Supra* note 10, IV. A. 2. a 美国司法部2011年的指南在IV. A. 2. 下新创设了标题 a. upfront buyers,并用一段文字规定了买家前置。

欧委会学习并接受了美国的买家前置制度,这被认为是欧委会对当事人提议的救济承诺审查日益严格的举措。^[53]事实证明,欧委会的做法取得了成功,其适用买家前置的第一个案例^[54]就迅速找到了合适的买家。^[55]2001年,欧委会发布的《关于救济措施的通告(2001年)》第20段就原则性地规定了买家前置规则:考虑到拟剥离资产是业务的一部分,剥离是否成功很大程度上取决于买家身份的情况下,当事人只有作出如下承诺,委员会才会批准交易:在委员会认可当事人找到的拟剥离资产买家,及其与之签署的有约束力的资产转让协议之前,当事人不会完成集中交易。^[56]2008年,欧委会发布的《关于救济措施通告(2008年)》则使用三段文字详细规定了买家前置规则,主要增加了买家前置适用情形的内容。^[57]欧委会希望通过规定和实施买家前置规则,为当事人创造更大的动力去完成资产剥离,减少当事人集中前过于乐观的剥离承诺和集中实施后故意拖延资产剥离的风险,降低资产剥离过渡期过长给拟剥离资产带来的不确定性。与美国联邦贸易委员会一样,欧委会也对适用买家前置产生了显著偏好,如果当事人不能提供欧委会认可的买家,并事先签署经欧委会认可的资产转让协议,拟议的集中交易可能不会被批准,即使批准也不能实施。

买家前置是为剥离资产而采取的保障措施,因此适用买家前置的案件,必须是经执法机构审查认为存在反竞争影响,需要通过资产剥离抵消或者消除反竞争影响的经营者集中。但并非所有的资产剥离案件都需要采取买家前置,美国联邦贸易委员会通常在对拟剥离资产的适当性或可售性存在担忧的情况下才适用买家前置。美国联邦贸易委员会在其声明中表示,如果当事人提议剥离的资产难以找到可接受的买家,特别是在当事人试图剥离非自动运营商业单元的案件中,委员会通常会要求当事人采取买家前置措施,以将补救无效的风险降至最低。美国联邦贸易委员会竞争局的研究报告根据经验认为,下述案件适用买家前置极具必要性:①剥离期内拟剥离资产贬损风险极大,例如超市剥离;②很明显可接受的买家非常少;③拟剥离资产不包括独立运营实体,难以支撑独立运营。^[58]2001年联邦贸易委员会主席在美国律师协会的演讲中特别提到,买家前置最可能适用于剥离非持续运营的资产业务,因为此时该等业务运营的可行性多少有些不确定。^[59]美国联邦贸易委员会竞争局前局长先生曾撰文指出:买家前置主要存在于如下情况:①拟剥离资产是生产高度专业化产品的机器设备,且不确定是否有这些特殊资产包的买家,例如矿业工业解决方案;②拟剥离资产由设备、技术、专门技能、

[53] Barry E. Hawk, James S. Venit, Henry L. Huser, *Supra* note 8. 文章认为,欧委会越来越关注救济措施是否能够确保(而不是可能)竞争恢复并保持在合并前的水平,与此相适应,欧委会对当事人提议的救济承诺审查日益严格,主要表现在适用买家前置规则和严格的救济承诺截止日期方面。

[54] See Bosch/Rexroth, Case No. COMP/M.2060 (Dec. 13, 2000).

[55] Barry E. Hawk, James S. Venit, Henry L. Huser, *Supra* note 8.

[56] *Supra* note 13, para. 20.

[57] *Supra* note 13, para 53, 54, 55.

[58] *Supra* note 40.

[59] Timothy Muris, "Antitrust Enforcement at the Federal Trade Commission: In a Word-Continuity" (Aug. 7, 2001), available at <http://www.ftc.gov/public-statements/2001/08/antitrust-enforcement-federal-trade-commis>.

运输仓储设施及必要员工组成,且需要确保买家能够适应该业务的各个方面,例如农业化工领域;③待剥离资产主要是知识产权,且担心过渡期损害,例如计算机软件系统;④拟剥离资产主要是持续运营的商业实体,但是需要移交一个大客户合同,且需要征得该客户同意,例如医疗设备领域;⑤合适的潜在买家非常少或者重要员工是拟剥离资产能否成功运营的关键时,也可以适用买家先行。^{〔60〕} 实践数据表明,非独立运营的商业实体或者零碎资产剥离的成活率较低,^{〔61〕}委员会不太信任从未独立运营过的零碎资产,而倾向于剥离已独立运营的商业单元,除非拟剥离资产属于成熟运营的商业实体且有理由相信有买家感兴趣,委员会才愿意采用事后剥离,例如通常不会对以下情形采用买家前置:①拟剥离资产经常买卖且存在该资产的已知市场;②拟剥离资产含有独立商业实体且执法人员熟悉潜在买家;③拟剥离资产含有独立的商业实体且最近买卖过同样的资产。^{〔62〕} 欧委会在 2008 年的《关于救济措施通告(2008 年)》中规定,主要有如下两种情形的案件需要采取买家前置:一是业务剥离存在困难和障碍的案件,如涉及第三方权利或无法确定能否找到适当买方。^{〔63〕} 二是剥离过渡期内拟剥离资产的竞争性和可销售性存在风险的案件,如剥离过渡期内拟剥离业务可能失去关键雇员。^{〔64〕}

根据美国联邦贸易委员会的买家前置规则,当事人按照委员会的要求,需要先行确定拟剥离资产的买家人选并签订资产转让协议,委员会对买家人选和资产转让协议审核认可之后才会发布同意令,买家人选等内容通常会体现在同意令中。根据欧委会 2008 年的《关于救济措施通告(2008 年)》,对适用买家前置的经营者集中,只有在当事人作出如下承诺之后,欧委会才会做出附条件批准的决定:当事人必须承诺,只有找到欧委会认可的拟剥离资产的适格买家,并签署有约束力的资产出售协议之后,才实施经营者集中。欧委会认为,尽管集中交易被批准但不得实施,这给当事人以极大的压力和动力去满足附加的资产剥离条件,积极寻找适格买方,尽快签署资产出售协议,也正是这个原因,欧委会才会附条件批准集中交易。例如欧委会在 2002 年批准的 Masterfoods/Royal Canin 案中,需要剥离 Masterfoods 母公司 Mars 的与五个宠物商标相关的欧洲业务。欧委会认为,上述资产剥离的有效性取决于买方的财力和买家持续经营宠物食品业务的能力,因此需要出售给有充足财力和研发能力并熟悉相关市场专业知识的买方。为确保将上述资产转让给适当的买方,欧委会要求当事人承诺在确定适当的买方前不会完成集中交易。^{〔65〕}

美国联邦贸易委员会和司法部对买家前置规则的适用效果有截然不同的看法。美国联邦贸易委员会在实践中大量适用买家前置,认为买家前置可以缩短合并与剥离之间的时间,降低

〔60〕 Molly S. Boast, *Supra* note 2.

〔61〕 *Supra* note 40.在美国联邦贸易委员会竞争局工作人员研究的 37 项剥离中,22 个是持续运营的资产,这 22 项中有 19 个商业单元可以立即在相关市场独立运营;其余的 15 项特定资产只有 9 项最终存活,5 项未能形成可运营商业,还有 1 项未能在相关市场独立运营。

〔62〕 Molly S. Boast, *Supra* note 2.

〔63〕 *Supra* note 13, para 54.

〔64〕 *Supra* note 13, para 55.

〔65〕 Case M2544 Masterfoods/Royal Canin.

剥离过渡期内资产贬损的可能性,同时降低找不到适当买家、剥离失败、无法恢复或保持市场竞争水平的风险。^{〔66〕}美国联邦贸易委员会在公开文件中更多谈及买家前置的优点,这些优点主要包括:第一,执法机构通过适用买家前置措施,可以审查买方的商业计划或者让买方获得原本难以获得的信息,从而有更多机会协助买家进入市场。第二,通过采取买家前置措施可以加速资产剥离进程,从而降低合并方贬损剥离资产的可能性。第三,通过适用买家前置措施,执法机构有更多时间调查并考虑提议的买家及其对反竞争效果的抵消是否充足。^{〔67〕}2002 年 4 月美国联邦贸易委员会前主席表示,买家前置的好处之一是给执法机构更多的时间去评估合并方提议的资产剥离对竞争修复的可行性。^{〔68〕}

与美国联邦贸易委员会不同,美国司法部很少适用买家前置,更多强调买家前置的缺陷,特别是在有适合潜在买家的情况下剥离持续运营的商业实体,采取买家前置措施往往会产生巨大的额外成本。^{〔69〕}具体而言主要集中在以下两点:第一,推迟了集中实施的时间。在美国联邦贸易委员会适用买家前置的案件中,委员会发布同意令,要求当事人必须在找到委员会认可的买家并签署有约束力的协议之后,才能实施经营者集中,这会推迟实施集中的时间并引发一系列负面效应,如延缓与集中相关的规模经济效率,增加业务发展和雇员去留的不确定性,增加拟剥离资产价值和竞争力贬损的可能性等。第二,买家获得额外谈判筹码,操纵拟剥离资产的市场价格,对剥离义务人有失公平。一旦买家获悉采取了买家前置措施,因为在剥离义务人签署资产转让协议之前不能实施集中,从而使买家在拟剥离资产转让谈判中享有额外的谈判筹码,有可能有意压低价格,损害剥离义务人利益。即使是对买家前置持赞成态度的美国联邦贸易委员会也承认买家前置规则存在缺陷,2002 年 4 月,美国联邦贸易委员会前主席就曾质疑过买家前置的公允性,因为整个集中交易是否能够实施取决于当事人是否找到了适格的买家,这很明显使潜在买家因此获得谈判的筹码。^{〔70〕}

四、比较分析

先行修正和买家前置都是执法机构先行采取措施,确保消除或减轻经营者集中反竞争影响的做法,但在具体操作上又各有侧重,不同执法机构适用不同措施的态度也有所区别。即使同为先行修正或买家前置,欧美执法机构的具体做法也不尽相同。兹比较分析如下:

〔66〕 Logan M. Breed, David J. Michnal, *Supra* note 28.

〔67〕 *Supra* note 40.

〔68〕 Deborah Platt Majoras, “Houston, We Have a Competitive Problem: How Can We Remedy It?” Before The Houston Bar Association Antitrust and Trade Regulation Section Houston, Texas (Apr.17,2002), available at <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/11112.htm>.

〔69〕 Keith R. Fisher, “Transparency in Global Merger Review: a Limited Role For the WTO?” *Stanford Journal of Law, Business & Finance*, Spring, 2006.

〔70〕 Deborah Platt Majoras, *Supra* note 68.

根据欧美的做法和经验,不同执法机构对先行修正和买家前置规则各有偏好,从规则本身来看也各具特色,但两规则在适用目的、适用条件、对当事人要求以及功能等方面仍有类似之处,这也是将先行修正和买家前置两规则一并讨论的主要原因。

先行修正和买家前置规则的类似之处在于:第一,从实施的目的来看,先行修正和买家前置都是执法机构先行采取措施,确保消除或减轻经营者集中反竞争影响的做法。第二,从适用的条件来看,在实践中两种措施都主要适用于成功剥离资产存在风险的情况,尤其是对买家条件要求特殊或者较高的案件。第三,从对当事人的要求来看,实施两种措施均要求当事人在解决执法机构担忧之前不得实施集中交易,解决的办法通常是找到合适买家并与之签署有约束力的资产转让协议且得到执法机构认可。第四,从措施的功能来看,两种措施均有确保找到适当买家以成功剥离资产,降低过渡期内资产价值和竞争力贬损风险的积极功能。

先行修正和买家前置规则的不同之处在于:第一,采取措施的时间不同。先行修正通常是在执法机构提出拟议集中交易存在反竞争影响之后即可适用,此时,采取何种救济措施消除或减轻反竞争影响尚无定论;采取买家前置时,反垄断执法机构和当事人已就反竞争影响和拟采取的资产剥离措施达成一致。第二,采取措施的目的有细微不同。先行修正的目的是要求当事人先行寻求解决反竞争影响的救济措施,而买家前置是要求当事人先行采取措施降低资产剥离失败的风险。第三,适用条件的细微差异。先行修正更多是由当事人主动提出要求实施的,主要是争取自行解决竞争问题的自由度;买家前置更多是执法机构提出要求,主要是要求当事人消除执法机构认为难以找到拟剥离资产买家的担忧。第四,采取措施的内容不同。先行修正要求当事人先行提出解决反竞争影响的救济措施,比较典型的是当事人将特定资产出售给第三方,通常不含有集中完成后仍需执法机构监督实施的行为性义务,但并未排除资产剥离以外的其他措施;买家前置则是执法机构明确要求当事人找到适格的买家并签署其认可的有约束力的资产转让协议。

尽管同属先行修正,但美国司法部和欧委会的做法还是存在一定差异,主要表现在执法机构接受先行修正方案后对案件的处理方式不同。美国司法部反垄断局认为,如果先行修正能够解决竞争问题,维持市场有效竞争,将会停止调查程序,不再寻求通过法院的司法程序进行救济,但同时保留向法院提起诉讼的权利,一旦当事人未能履行先行修正方案,司法部仍有权向法院提起诉讼。欧委会接受当事方提出的先行修正方案后,会在此方案基础上做出附条件批准的决定,决定书会载明欧委会对先行修正方案包括拟剥离资产及买家人选的认可,因此欧委会的做法在一定程度上是将先行修正方案作为一种特殊的限制性条件对待。也许正因为如此,有观点才认为美国司法部的做法是执法机构基于对当事人自我救济的认可而停止进一步干预,从而是一种消极救济,欧委会的做法则是将当事人的自我救济纳入正式的执法程序之中,从而是一种积极救济。^{〔71〕}

欧美虽然都有买家前置的规则,但美国联邦贸易委员会和欧委会的做法仍有较大差异,主

〔71〕 参见韩伟:《经营者集中附条件法律问题研究》,法律出版社2013年版,页117。

要表现在买家前置规则的内容和前置的程度不同。根据美国联邦贸易委员会的买家前置规则,只有在当事人与经委员会认可的买家签署有约束力的资产转让协议,并经委员会审核同意之后,委员会才会发布同意令,买家人选会载明于同意令中。同意令一旦发布,当事人即可实施集中交易。根据欧委会的买家前置规则,欧委会适用买家前置规则做出附条件批准决定时,并未确定买家人选,更未签署有约束力的资产转让协议。只是在采取买家前置的欧委会附条件裁决中要求,当事人必须在与买家签订有约束力的资产转让协议并经欧委会审核同意之后,才可以实施集中交易。简言之,欧美的买家前置规则均要求当事人提前与执法机构认可的买家签署有约束力的资产转让协议,但美国联邦贸易委员会要求买家前置提前到发布同意令之前,当然也在实施集中交易之前;欧委会则要求买家前置提前到作出附条件裁决之后,但实施集中交易之前。

不同司法机构在特定行业的独特经验和历史传统,可能是美国司法部、联邦贸易委员会和欧委会三家反垄断执法机构在先行修正规则和买家前置规则及适用方面存在差异的原因之一。例如,美国联邦贸易委员会负责的零售业就属于拟剥离资产容易遭贬损的行业,客观上更需要买家前置规则,^[72]但更深层次的原因可能源于不同反垄断执法机构在各自执法体系中不同法律地位及其执法机制,这导致欧美反垄断执法机构在处理类似问题时可能采取不同的策略和方法。

美国司法部是政府的执行机构(executive agency),本身无权禁止或附条件批准拟议集中交易,但可以代表政府提起诉讼,请求法院禁止拟议集中交易,或者请求法院批准司法部与当事人达成的和解协议。这种以法院司法裁判为中心的反垄断执法模式,决定了司法部反垄断局倾向于与当事人达成和解,更乐见当事人自行解决反竞争问题,而不是通过法院诉讼解决。主要理由在于:第一,如果司法部要禁止拟议集中交易,则需要以原告身份向联邦地区法院(federal district court)提起诉讼,只有法院做出的司法裁决才具有执行力,法院有可能支持也有可能不支持司法部的诉讼请求。司法部选择诉讼途径禁止拟议集中交易,不仅要承担繁重的举证责任,还要冒败诉的风险。第二,如果司法部试图通过和解裁决(consent decree)方式解决反竞争问题,司法部反垄断局需要就拟议交易是否存在反竞争影响,以及如何解决反竞争影响与当事人进行反复多次的商谈并就解决方案达成一致;另一方面,根据《特尼法案》,^[73]司法部基于前述方案做出的附条件批准决定以及相应的竞争影响分析报告,必须在联邦公报(Federal Register)上公布并进行 60 天的公示,同时还要向地区法院提交并由法院批准是否符合公共利益。^[74]因此,司法部选择和解裁决不仅需要履行公示程序,接受公众评议,还要

[72] 美国代理司法部长助理 R. Hewitt Pate 认为,存在这种差异的原因部分在于具有更大资产贬损风险的零售等行业的集中归美国联邦贸易委员会而不是司法部主管,例如,在零售业集资产剥离中,如果得不到适当维护,零售企业的品牌价值会迅速缩水。See R. Hewitt Pate, *Supra* note 22.

[73] Antitrust Procedures and Penalties Act (Tunney Act), 15 U.S.C. § 16.

[74] U.S. Department of Justice Antitrust Division, *Antitrust Division Manual*, Fifth Edition, November 2012, page IV-53.

得到法院的认可。事实上,法院不会当然认可司法部的和解裁决,尽管被法院否决的可能性很小,但在历史上确有撤销的记录;〔75〕另外,尽管公众评论改变案件最终结果的机会也很渺茫,但公示和评论使得法院对和解裁决进行公共利益分析和最终判决的过程变得复杂和缓慢。〔76〕第三,如果当事人能够提交解决竞争问题的先行修正方案,司法部当然乐见其成,停止调查,避免进入复杂的司法程序或者履行漫长且可能被挑战的公示程序。先行修正措施使得反垄断局最大程度地避免公众监督和司法审查,从而达到不经司法介入就可以维护市场竞争的目标。〔77〕司法部接受先行修正方案,可以自行决定不再对拟议经营者集中进一步调查,不需要公示也不需要法院认可,效率高,风险小。第四,司法部的内部机构与联邦贸易委员会不同,司法部不像联邦贸易委员会一样有独立的部门负责监督救济措施的执行,司法部的执法人员既要负责调查,还要负责救济措施的商谈和监督执行,〔78〕采取先行修正因此成为司法部减轻负担的重要方式。司法部认为,通过先行修正审结经营者集中存在的唯一问题是,先行修正只是司法部对当事人单方承诺的认可,不具有强制执行的法律效力。为解决该问题,确保先行修正方案得以落实,且在不能落实的情况下,司法部有权继续追究,司法部通常要求保留诉讼权利。〔79〕

欧委会主要通过行政裁决方式体现并实施各种不同的解决方案,属于典型的以行政裁决为中心的反垄断执法机制。在行政裁决为中心的反垄断执法体制下,先行修正和买家前置的特色是,欧委会认可的先行修正方案或买家前置方案均被纳入到附条件批准决定之中,以行政裁决的执行力确保先行修正或买家前置方案得以落实。通常情况下,欧委会的附条件批准决定一旦做出即可生效,当事人即可实施集中,但须在附条件批准决定规定的时间内,将拟剥离资产转让给欧委会批准的买方。在采取先行修正的情形下,如欧委会认可当事人提出的先行修正方案的,会在先行修正方案基础上做出附条件批准决定,先行修正方案内化为欧委会的附条件批准决定。在采取买家前置的情形下,剥离义务人承诺,在与买方就剥离资产达成有约束力的协议前不会实施集中交易,如欧委会接受该承诺,会据此做出附条件批准决定,决定一旦作出即可生效,但当事人不得实施集中,直到找到欧委会认可的买家并与之签署有约束力的转让协议。无论是先行修正,还是买家前置,欧委会均将其纳入审查决定的原因在于,在以行政裁决为中心的执法模式下,欧委会有权不经过法院裁判、批准或者备案,就可以自行做出无条

〔75〕 1995年哥伦比亚地区法院(U.S. District Court for the District of Columbia)在依据《特尼法案》举行的听证会上,Sporkin法官就对司法部提交的和解协议是否符合公共利益标准表示严重质疑(extensively questioned),最终驳回了司法部的请求。See *United States v. Microsoft Corp.*, 159 F.R.D. 318 (D.D.C. 1995).

〔76〕 格茨,见前注〔17〕,页278—279。

〔77〕 Logan M. Breed, David J. Michnal, *Supra* note 28.

〔78〕 Jessica C. Strock, *Supra* note 26.

〔79〕 在先行修正的情况下就不再适用《特尼法案》,不需要进行为期60天的公示。这为司法部提供了便利,但也有批评认为,先行修正既无法保证执法的透明度,也不能给公众提供评论的机会。See R. Hewitt Pate, *Supra* note 22.

件批准、附条件批准或者禁止拟议集中交易的行政裁决。前述行政裁决不需要像美国执法机构一样必须履行公示程序,也不需要法院认可或向其备案即具有执行效力。尽管当事人如果不服欧委会的行政裁决,可以向初审法院(CFI)提起诉讼,并有权向欧洲法院(ECJ)上诉,但当事人通过向法院提起诉讼挑战欧委会的行政裁决,非常耗费时间而且胜算不大,^[80]实际发生的可能性很小。

美国联邦贸易委员会是依法设立的独立委员会(independent commission),相比于美国司法部拥有更独立的执法权,但又与欧委会不同,其执法模式介于美国司法部与欧委会之间。一方面,美国联邦贸易委员会享有比司法部更独立的裁决权,委员会既有权向法院提起诉讼,也有权通过委员会的内部行政决策程序作出审查裁决。如果向法院提起诉讼,则与司法部一样要负担举证责任并面临败诉风险;如果通过行政审查作出裁决,则需要履行冗长的类似于诉讼的行政程序(administrative litigation process),且当事人仍有权向法院提起诉讼,挑战委员会作出的行政审查裁决。因此联邦贸易委员会也乐意通过和解协议(consent agreements)方式,解决拟议集中存在的反竞争影响。联邦贸易委员会接受和解协议也要遵守类似司法部的公布和公示要求,^[81]但通常不需要取得联邦地区法官的同意,和解协议基于委员会的裁决就可以生效,只有在受到挑战时才交由联邦法官复核(review)。^[82]另一方面,美国司法部内部实行类似行政首长负责制式的单一决策机制,这种机制便于其与当事人进行反复的沟通和商谈,适合采取先行修正规则。美国联邦贸易委员会内部则实行类似法院审判式的决策机制,首先由联邦贸易委员会下属的独立行政法官(ALJ)做出初步裁决,当事方不服行政法官的裁决向委员会上诉的,由全体五名委员通过投票,以类似于法院合议庭按照少数服从多数的规则做出最终裁决。这种权力相对分散的决策机制便于裁决,但不便于与当事人进行反复商谈。因此,委员会不愿采用先行修正规则而更倾向于适用买家前置,与其说是与其政策相关,倒不如说是与其独特的执法机制有关。^[83]即使是在适用买家前置规则方面,联邦贸易委员会与欧委会的不同也体现了其执法机制的特点。联邦贸易委员会的决策机制要求尽可能避免事后监管,当事人必须先行确定拟剥离资产的买家并与其签订资产转让协议,委员会审核认可后才发布同意令;欧委会的决策机制则更加灵活,便于事后监管,因此只要当事人作出在找到欧委会认可的买家并签署有约束力的资产转让协议之后才实施经营者集中的承诺,欧委会就可以做出附条件批准经营者集中的决定。

[80] Keith R. Fisher, *Supra* note 69. 在所有以行政裁决为中心反垄断执法体制下,包括我国在内,都存在这个问题。

[81] 如果委员会批准了和解协议的内容,会在其网站和联邦文告(Federal Register)上公布起诉书、同意令以及有助于公众评议的分析文件,公众评论期将持续 30 天。参见格茨,见前注[17],页 263—264。

[82] Logan M. Breed, David J. Michnal, *Supra* note 28.

[83] Logan M. Breed, David J. Michnal, *Supra* note 28.

五、对我国制度建设的评析和启示

借鉴欧美发达司法辖区的做法和经验,在深入分析其制度和操作差异及其赖以存在的执法机制背景的基础上,创设符合我国反垄断法规定和执法实际的规则,既有利于与各国司法辖区的执法协调,也有利于提高办案效率,降低救济失败的风险。

我国的经营者集中反垄断执法机制与欧盟类似,属于以行政裁决为中心的执法机制。根据我国《反垄断法》第28条、29条规定,对具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中,商务部应当作出禁止的决定;经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响,或者符合社会公共利益的,可以作出对经营者集中不予禁止的决定;对不予禁止的经营者集中,可以决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件。据此,商务部可以自行决定禁止或者附加限制性条件批准经营者集中,属于典型的以行政决定为中心的反垄断执法模式。尽管在具体操作中,商务部做出审查决定可能受到如下约束,但并不能改变反垄断审查决定作为具体行政行为法律属性的法律属性,也不能改变商务部依法可以单方面作出行政裁决的法律地位:^[84]

第一,商务部与当事人对救济措施的商谈。对具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中,商务部通常会要求当事人先自行提出解决方案,如果商务部认为当事人提出的解决方案能够解决竞争问题,则会在方案的基础上附加限制性条件批准集中。在设计解决方案的过程中,商务部和当事人可能会对拟采取的具体措施进行商谈,一般只有在当事人对具体措施做出承诺的情况下,商务部才会做出附加限制性条件的决定。但这种商谈并非法律地位对等的谈判,而是商务部为了找到切实可行的办法解决反竞争影响而采取的措施,因为当事人不接受的附加条件可能缺乏操作性,难以得到切实履行。但从法律上讲,这种商谈并不能改变商务部和当事人之间仍构成行政法律关系,商务部可以在当事人没有做出承诺,甚至不同意或者不完全同意的情况下,单方面做出附加限制性条件的审查决定,如果当事人不履行或无法履行附加的条件,这种附条件批准的决定实质上成为禁止的决定。^[85]从最终意义上讲,如果当事人提出的方案或作出的承诺无法满足商务部的要求,不能解决竞争问题,商务部应当作出禁止的决定,不受与当事人商谈情况的影响。即便商务部与当事人达成一致,所做出附条件批准决定仍然具有单方面强制性的法律特性,对当事人而言,执行附条件批准决定是法律义务,而不是履行与商务部之间达成的协议或向商务部作出的承诺。

第二,对商务部审查决定的行政复议和司法审查。根据《反垄断法》第53条规定,对商务

^[84] 根据我国《反垄断法》的规定和执法机制,附条件批准经营者集中属于典型的具体行政行为。在这一点上,有观点认为我国与欧美国家附条件批准的理论基础并不完全一致。笔者认为,将附条件批准视为当事人与反垄断执法机构之间的达成的协议不符合我国法律规定和执法机制的现实。

^[85] 事实上,反垄断执法机构做出的附条件批准决定常常与当事人承诺并不完全一致,但两者大相径庭的情形只是理论上的推论,在实际执法中通常不会发生。

部依据本法第28条、第29条作出的决定不服的,可以先依法申请行政复议;对行政复议决定不服的,可以依法提起行政诉讼。截至目前,对商务部经营者集中审查决定提起复议或诉讼的尚无一例,而且将来遭到挑战的可能性也不大。除了商务部依法行政、工作细致的原因之外,制度和现实的原因也不容小觑:其一,与其他具体行政行为类似,无论是当事人还是代理律师均不愿意挑战反垄断执法机构,特别是在以行政决定为中心的执法模式下,这种挑战的可能性更小。^{〔86〕}其二,从程序上看,挑战审查决定的时间成本很高,面对瞬息万变的并购商机,复议诉讼并不是当企业的最佳选择。按照《反垄断法》规定,如当事人对审查决定不服,需要复议前置,根据《行政复议法》最长需要几十天才有复议结果;如果对复议结果不服,选择继续诉讼,诉讼期间,包括一审、二审以及申诉等,时间要比复议漫长得多。其三,从实体上看,根据《行政复议法》第28条规定,如果复议申请得到支持,应当是“撤销、变更或者确认该具体行政行为”或者责令被申请人“在一定期限内重新作出具体行政行为”。鉴于反垄断审查技术性较强,复议机关通常不会直接变更具体行政行为,而是责令被申请人“在一定期限内重新作出具体行政行为”。如果当事人的诉讼请求得到法院支持,结果应当是“判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出具体行政行为”,也不会直接变更具体行政行为。因此,当事人很难通过复议或诉讼拿到无条件批准的裁决,即使胜诉也只能是由原裁决机关重新进行审查并做出新的审查决定。

先行修正有利于发挥当事人的主观能动性,积极寻求既符合商业活动规律,又满足反垄断执法机构要求的解决方案。买家前置则有利于落实资产剥离措施,避免因剥离失败导致的风险。因此我国经营者集中反垄断执法也需要先行修正和买家前置规则。从附条件批准案件监督执行的实际需要来看,反垄断执法机构都面临公告发布之后监督执行的压力。通常在审查决定做出之前,当事人更为配合审查工作,一旦审查决定作出并发生法律效力,特别是集中交易实施之后,当事人自觉履行义务、配合反垄断执法机构工作的压力随之降低。还应当看到,一旦因找不到合适买家等原因导致剥离失败,但经营者集中已经实施完毕,回复原状成本过高,反垄断执法机构和当事人将面临难以处理的局面。因此,要求当事人在审查决定做出之前,或者在集中交易实施之前,找到适格的买家并签署有约束力的资产转让协议,无论是对当事人还是对执法机构都不失为比较稳妥的做法。商务部此前发布的公告已经体现对类似制度的实际需要,商务部在批准嘉能可收购斯特拉塔的集中交易时,一方面要求嘉能可剥离位于秘鲁的拉斯帮巴斯铜矿项目,另一方面又要求如嘉能可不能在规定的时间内剥离该铜矿项目时,商务部有权拍卖公告规定的另外四个铜矿的中的一个。这在一定程度上反映了商务部对嘉能可是否能够切实履行剥离义务的担忧,也在一定程度上反映了商务部对资产剥离保障措施的执法需求。采取先行修正和买家前置也是协调各司法辖区反垄断执法进程的重要措施。在赛默

〔86〕 根据《行政复议法》第14条规定,当事人对商务部的具体行政行为不服的,只能向商务部提出复议,对复议决定不服的,可以向人民法院提起行政诉讼,也可以向国务院申请裁决。因此与对地方行政机关的行政决定提起复议相比,当事人可能有更多疑虑。

飞世尔科技公司收购立菲技术公司案中,美国联邦贸易委员会采取了买家前置措施,导致其作出审查决定的时间拖长,甚至比商务部作出审查决定的时间还晚。尽管美国联邦贸易委员会拖长了审查期间,但因其适用买家前置,在发布同意令之前就已经确定了买家;包括我国商务部在内的执法机构虽然先行作出了附加限制性条件批准的决定,但在进入监督执行程序之后,才开始审核当事人推荐的买方的适格性。这种程序进程因为适用不同保障措施而产生的差异,加大了各司法辖区反垄断执法机构之间协调的难度,增加了不同反垄断执法机构对同一案件采取不同措施甚至作出相冲突决定的风险。

基于以上考虑,建议按照如下原则创设我国经营者集中反垄断控制制度中的先行修正和买家前置规则:

第一,允许当事人自行调整集中交易。当事人自行调整集中交易应当在执法机构提出反竞争影响之前进行。如果当事人自行调整的集中交易正在审查,通常应当撤回申报,调整完毕之后再行申报。如果没有撤回申报,而是在审查过程中进行调整的,调整后的申报发生实质改变的,应当作为一项新的申报另行立案审查。

第二,允许当事人先行修正集中交易。在执法机构提出反竞争影响之后,当事人可以申请先行修正集中交易。商务部同意先行修正的,审查期间应当中止计算;考虑到商务部目前不中止审查期间的实际做法,可以参考商务部此前的做法由当事人撤回申报,修正完成后再行申报。尽管商务部已有允许当事人撤回申报的先例,但笔者不建议因先行修正而撤回申报,因为一旦撤回申报,当事人和商务部就先行修正方案进行的反复商谈将失去法律和事实依据,但为满足反复商谈的需要而反复申报撤回显然是不合适的。如果商务部认为当事人提出的先行修正方案解决了竞争问题,可以参考美国司法部的做法,予以无条件批准(通常针对撤回重新申报的集中交易),也可以参考欧盟的做法,以先行修正方案为基础附加限制性条件批准(通常针对在审查程序中修正集中交易的情形)。如果先行修正方案包含了非结构性救济措施,需要在批准之后继续进行监管的,则应当参考欧盟的做法,以先行修正方案为基础附加限制性条件批准,为日后的监管行为提供更为可靠的法律依据。

第三,对决定附加资产剥离条件的案件,如果商务部对剥离义务人能否及时找到适格的买方,并顺利实施资产剥离存在担忧,可以要求适用买家前置措施。在买家前置程序的立法选择上,可以参考欧盟的做法,只要剥离义务人承诺,在找到适格买家并签订有约束力的协议之前不会实施集中,就可以发布附条件批准的公告,公告中应当载明剥离义务人作出的买家前置承诺。也可以参考美国联邦贸易委员会的做法,只有在当事人找到适格买家并签订有约束力的协议之后,才发布附条件批准的公告,公告中载明批准前置买家的情况。两种做法对集中实施的干预程度不同,对剥离义务人的约束也有强弱区别,执法机构可以根据个案情况灵活适用。通常而言,如果仅仅对能否找到适当买家存在担忧,且存在紧急实施交易事由,参考欧盟的做法即可;如果不仅对能否找到适当买家存在担忧,还对是否能够顺利签署协议甚至实施资产剥离存在担忧,参考美国联邦贸易委员会的做法更为稳妥。适用买家前置的,当事人寻找买家需要一定时间,从而需要中止审查期间,具体做法参照前段。

第四,通过中止条件和解除条件达到买家前置的目的。我国法律体系更接近大陆法系,在民商法中有关于“条件”的规定和相对统一的理论观点,我国《反垄断法》也采用了附加限制性“条件”的立法措辞。在借鉴买家前置做法时,可以参考德国反垄断法关于中止条件和解除条件的制度,在决定附加资产剥离条件的案件中,根据具体情况选择附加中止条件或解除条件,并通过附加负担或义务确保剥离或其他改变市场结构措施的效果。

Abstract: Rules on fix-it-first and upfront buyer, commonly used in merger control in the U.S. and the EU, are also needed in law enforcement in China, but so far there are no legal provisions as explicit basis for their application. This article reviews the origin and historical evolution of those rules, and analyzes the differences and the reasons therefor when fix-it-first and upfront buyer rules are employed by different authorities and in different law enforcement models. Drawing on the comparative analysis, the author stresses that similar rules in China would be operating in an administrative-oriented model, in which a conditional clearance decision is an abstract administrative action. Proposals for formulating the rules in China's context are as follows: parties should be allowed to adjust their transactions on their own; parties should be allowed to fix the problems of their transactions first; and upfront buyer requirement should be established by adopting rules similar to those on suspension and termination as used in the U.S., EU and Germany.

Key Words: Anti-Monopoly; Concentration between Undertakings; Fix it first; Up front Buyer

(责任编辑:邓 峰)