

涉及 VIE 架构的经营者集中申报首次获无条件批准

作者：马辰 | 仕达 | 郭潇

引言：2020年7月16日，一起引起广泛关注的经营者集中申报案件——“上海明察哲刚管理咨询有限公司与环胜信息技术（上海）有限公司新设合营企业案”（简称“明察哲刚案”）获得了国家市场监督管理总局反垄断局（简称“市场监管总局”）的**无条件批准**，该案的批准信息于今日（7月22日）在市场监管总局的网站上进行了公示。该案件正式获得市场监管总局的无条件批准，表明了市场监管总局对于涉及 VIE 架构的交易正常审查的立场，未来涉及 VIE 架构的交易进行经营者集中申报很可能成为常态。

自明察哲刚案 2020 年 4 月 20 日立案以来，汉坤收到大量企业的相关咨询，在下文中，我们将分享对 5 个典型问题的观察。

一、涉及 VIE 架构的交易有何特别之处？为何此案的正常立案及批准引发了广泛关注？

众所周知，VIE 架构是中国外商投资法下的灰色地带。在 2018 年机构改革前，市场传言当时同时主管外商投资审批和经营者集中申报审查的商务部不愿意通过对于涉及 VIE 架构交易的批准，间接承认 VIE 架构的合法性。而此前的新浪收购分众传媒案¹中交易因无法顺利通过反垄断审查而流产、沃尔玛收购 1 号店案²中附条件批准决定要求沃尔玛不得通过 VIE 架构从事 1 号店运营的增值电信业务等情况，似乎印证了上述市场传言。

2018 年机构改革后，业内人士普遍认为市场监管总局相对更有动力和能力解决对于涉及 VIE 架构交易进行反垄断审查的问题。明察哲刚案中，简易案件公示表中明确地提示交易涉及 VIE 架构，似乎是市场监管总局有意通过本案向外界释放信号，引导涉及 VIE 架构交易正常化申报。

二、明察哲刚案的正式批准究竟意味着什么？未来考虑涉及 VIE 架构交易是否申报时，需要有哪些改变？

明察哲刚案的正式批准意味着涉及 VIE 架构交易经营者集中申报的确定性大大增强。

¹ 据报道，2009 年，商务部对新浪收购分众传媒的经营者集中申报迟迟不予受理，新浪最终因未能获得商务部的批准而放弃了收购计划。业内人士推测，商务部对该经营者集中申报不予受理与当时交易双方的 VIE 架构有关。参见：<http://companies.caixin.com/2009-06-10/100052619.html>；<http://tech.163.com/09/0929/16/5KD1LO69000915BF.html>。

² 2012 年，商务部附条件批准了沃尔玛公司收购纽海控股 33.6% 股权案（即，沃尔玛收购 1 号店案），根据该案的批准决定，交易完成后，沃尔玛将取得对 1 号店网上直销业务（不涉及 VIE 架构）的控制权，但是不得通过 VIE 架构从事当时由益实多运营的增值电信业务。

以往，市场普遍认为涉及 VIE 架构交易是否获得反垄断批准有高度的不确定性，为了确保交易的进程不受到反垄断审查所可能带来的高度不确定性的影响，拟取得控制权的交易方宁肯牺牲控制权，使得交易不涉及控制权转移，从而不构成经营者集中，或者采取其他方法使得交易不构成需要申报的经营者集中。无论采取什么方法，上述避免申报的交易设计均无疑会增加交易成本，或者使得交易方无法完全实现最初的交易目的。

市场监管总局此次表明其对于涉及 VIE 架构的交易正常审查的立场后，意味着取得控制权、正常申报取得批准变成了一个可选项，无疑对于未来涉及 VIE 架构交易的潜在交易方属于重大利好。当然，在此利好的基础上，交易各方需意识到申报本身仍需大量工作，并且会不同程度地影响交易速度，为此交易各方需在安排交易进程的伊始，就将反垄断申报的准备及审查时间纳入考虑。

三、明察哲刚案是否意味着市场监管总局在经营者集中审查中将仅关注竞争问题，而不再关注交易的其他合规问题？如何应对由此带来的不确定性？

根据我们的了解，市场监管总局在经营者集中审查中的关注重点在竞争问题，但这并不意味着其完全不再关注交易的其他合规问题。在《经营者集中反垄断审查申报表》中，申报人仍然需要对于“本项交易的合规性及集中各方在中国境内的合规性”做出说明，其中“本项交易的合规性”是指“本项交易是否符合中国法律、法规、规章及相关规定、政策”；“集中各方在中国境内的合规性”是指“集中各方及其关联企业在我国是否存在既往的涉及实体设立、经营管理、外资审批和行业准入监管等方面的未决问题和合规性问题”。

由此可见，无论是拟申报的交易涉及 VIE 架构的情况，还是参与集中的经营者涉及 VIE 架构的情况，均需要向市场监管总局如实披露。相比于参与集中的经营者涉及 VIE 架构的情况（也即明察哲刚案的情况），拟申报的交易本身可能涉及通过搭建 VIE 架构绕开外商投资限制的情况，无疑更可能被市场监管总局挑战，正常通过审查的难度也更大。但上述判断也仅仅是基于理论分析，仍需要经过实践的检验。

对于交易本身合规性问题所可能造成的不确定性，在设计涉及 VIE 架构的交易时，可以综合考虑下述因素，决定最终的交易结构，并在构成需要申报的经营者集中的情形下向市场监管总局申报：

1. 相关交易方取得控制权对于其实现交易目的之必要性；
2. 交易是否达到申报标准；
3. 交易时间表；
4. 交易对竞争的影响；
5. 罚款、撤销交易等潜在处罚措施对于交易有效性、交易方声誉及经济利益的影响；
6. 其他交易方的意愿等。

如果交易在反垄断审查过程中遇到不可克服的障碍，则可以考虑撤回申报，将交易变更为不需要申报的交易（例如通过相关交易方放弃取得控制权的方式），仍然正常完成交易。

四、为何明察哲刚案以简易案件申报，却耗时长达 88 天，远超过简易案件的平均审查时间？

明察哲刚案从立案到获得无条件批准历时 88 天，远远超出简易案件的平均审查时长（15 天左右），这是否意味着涉及 VIE 交易的经营者集中审查仍然没有“正常”进行？

据悉，本案耗时较长主要是由于竞争原因引起的，而不是因为 VIE 问题引起的。立案公示表中显示，该案界定的两个相关市场分别为“中国餐饮行业信息技术应用产品及服务市场”和“中国餐饮服务市场”，“中国餐饮行业信息技术应用产品及服务市场”的市场边界较为模糊，而“中国餐饮服务市场”所包含的服务范围大于申报先例³，两个市场都存在进一步细分的可能性。另外，本案在公示期内可能有第三方提异议，导致该简易案件也进入第二阶段审查。

五、预计明察哲刚案将引发未来交易市场的哪些变化？

在明察哲刚案立案公示后，我们即观察到相关企业均密切关注着案件的进展。在传统的并购交易以外，较少涉及申报的新兴企业融资交易中，也有投资人以反垄断的原因对于交易条款提出要求的情况。而相关企业更为重视反垄断申报，也叠加了年初《反垄断法》修正案征求意见稿中将应报未报的处罚上限提高为经营者上一年度销售额的 10% 的重要影响。

虽然在该案立案后的 88 天内，尚未有新的涉及 VIE 交易的申报出现，但随着此次靴子落地，我们预计未来一定会出现更多的、不同类型的涉及 VIE 交易的申报，甚至在不远的未来涉及 VIE 交易进行申报真正成为常态。但目前还不明确的是，过往那些因 VIE 问题而没有进行申报的案件将如何处理，特别是那些已经被举报而正在接受调查的案件。这个问题还需进一步观察。

如前述分析，由于反垄断局在近年来对于加快经营者集中审查所取得的显著成效，加之正常申报有利于相关企业降低交易成本、更好地实现交易目的，我们期待市场监管总局对于明察哲刚案的无条件批准能够尽快为交易市场带来重大、积极的变化。

³ 例如，2019 年公示的“百胜餐饮中国控股有限公司收购黄记煌集团（香港）有限公司等 3 家公司股权案”中，界定的相关产品市场为“火锅餐饮服务”，在“餐饮服务”的基础上进行了细分。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

马辰

电话： +86 10 8525 5552

Email: chen.ma@hankunlaw.com