



漢坤律師事務所  
HAN KUN LAW OFFICES

# 汉坤专递

融贯中西  
务实创新



2011年第10期 (总第56期)

## ■ 专论

- 1、《北京 QFLP 办法》解读

## ■ 新法评述

- 1、《商务部关于跨境人民币直接投资有关问题通知》解读
- 2、《支付机构客户备付金存管暂行办法（征求意见稿）》简述
- 3、上海增值税改革试点方案解读
- 4、商务部附条件批准佩内洛普有限责任公司收购萨维奥纺织机械股份有限公司

《北京 QFLP 办法》解读（作者：王勇、高超、宋继聪、顾一帆）

继上海市于 2010 年 12 月 24 日率先开展外商投资股权投资企业试点工作允许外资参与在国内设立私募基金后，北京市人民政府于 2011 年 2 月 28 日亦颁布了《关于本市开展股权投资基金及其管理企业做好利用外资工作试点的暂行办法》（“《北京 QFLP 办法》”）。《北京 QFLP 办法》自颁布之日起施行。

《北京 QFLP 办法》主要规定了在北京市设立的外资股权投资基金和外资基金管理企业申请参与试点的条件以及试点企业可享受的特殊待遇。《北京 QFLP 办法》与上海之前出台的 QFLP 办法尽管基本架构相近，但相对而言，其具体限制较多。这反映了北京市对于在私募基金市场引进外资采取了相对审慎的态度。《北京 QFLP 办法》的主要内容如下：

1. 试点企业的申请条件

《北京 QFLP 办法》所称的试点企业是经北京市金融服务工作领导小组认定开展此次试点工作的外资股权投资基金和外资基金管理企业。较之上海 QFLP 办法，《北京 QFLP 办法》并未对在京设立外资股权投资基金和外资基金管理企业的流程进行规定，但强调试点企业应当采用公司制或合伙制。

**试点外资基金管理企业申请条件** 根据《北京 QFLP 办法》的规定，申请参与试点的外资基金管理企业应具备如下条件：(i) 企业章程或合伙协议中约定从事的业务限于发起设立股权投资基金，受托管理股权投资基金资产，为所管理的股权投资基金投资的企业提供管理服务、股权投资咨询或经认定的其他股权投资相关业务；(ii) 基金管理企业的高级管理人员应在股权投资领域及股权投资管理行业具有良好的业绩；(iii) 基金管理企业运作规范，具有严格合理的投资决策程序与风险控制机制；(iv) 按照国家企业财务、会计制度规定，具有健全的内部财务管理制度和会计核算办法；以及(v) 承诺发起设立或者管理的股权投资基金重点投资于北京市优先发展的七大战略性新兴产业，或以七大战略性新兴产业为重点投资方向的股权投资基金。

值得注意的是，《北京 QFLP 办法》对试点企业的投资方向进行了明确限制，即要求参与试点的股权投资基金必须重点投资于节能环保、新一代信息技术、生物、高端设备制造、新能源、新材料和新能源汽车等七大战略性新兴产业，而上海 QFLP 办法中并无对类似投资行业限制的规定。

**试点外资股权投资基金申请条件** 根据《北京 QFLP 办法》的规定，申请参与试点的外资股权投资基金应具备如下条件：(i) 股权投资基金由境内募集人民币资金和境外募集外币资金构成，外资认缴资金额原则上不得超过基金规模的 50%；单只基金规模原则上不少于 5 亿元人民币（或

等值外币)；同时，基金管理企业应认缴一定比例的基金份额；(ii)股权投资基金的章程或合伙协议约定的投资重点为北京市优先发展的七大战略性新兴产业，或以七大战略性新兴产业为重点投资方向的股权投资基金；以及(iii)试点工作要求的其他条件。

除上述投资行业限制以外，《北京 QFLP 办法》明确提出申请试点的股权投资基金的外资比例应不超过 50%，而在上海 QFLP 办法中，虽然将境内资本的参与作为试点企业评审的主要考虑因素，但并未对外资比例设置上限。此外，北京市要求单只基金的规模应在 5 亿人民币（或等值外币）以上，而上海市则仅要求规模不少于 1,500 万美元。在境外投资人的申请条件方面，《北京 QFLP 办法》较之上海 QFLP 办法则更为宽松，并无自有资金或管理资金规模的明文要求。

## 2. 试点企业的特殊待遇

根据《北京 QFLP 办法》，获准试点的外资基金管理企业可按相关外汇管理规定向托管银行办理结汇，并将结汇后的资金全部投入到所发起的股权投资基金中，试点基金管理企业的结汇金额上限为股权投资基金实际到账金额（包含累计结汇金额）的 5%。这一规定与上海 QFLP 办法基本一致，但《北京 QFLP 办法》中并未像上海 QFLP 办法一样明确“基金管理企业的前述出资不会影响所投资股权投资基金之属性”。

在结汇方面，获准试点的外资股权投资基金可按相关外汇管理规定向托管银行办理结汇，但试点股权投资基金的投资范围须符合基金的章程或合伙协议等的相关约定及《北京 QFLP 办法》规定的产业投资方向，且投资项目须经被投资企业所在地相关主管部门批准。

此外，《北京 QFLP 办法》规定了试点企业不得在国家禁止外商投资的领域投资、进行二级市场交易、金融衍生品交易、非自用不动产投资、挪用非自有资金进行投资或向他人提供贷款或担保。

## 3. 外资股权投资基金的出资托管制度

根据《北京 QFLP 办法》的规定，试点企业须委托境内符合一定条件的商业银行作为资金托管银行。托管银行应当履行的职责包括但不限于：(i)完整保留试点企业的外汇账户收支信息，期限为 20 年，以备相关部门核查；(ii)对试点企业托管账户（包括资本专用外汇账户和人民币资本专用账户）及账户资金使用情况实施监督，核查资金使用的真实性，核查投资所需相关主管部门的批复文件，发现可疑情况须立即向北京市金融局报告；以及(iii)每月编制试点企业的资金流向和结汇报告，报送北京市金融局并抄送相关单位。

## 1、《商务部关于跨境人民币直接投资有关问题通知》解读（作者：曹银石、滕晓琳、胡蓓颖）

为了推进跨境人民币贸易投资，商务部于 2011 年 8 月在其网站上发布了《商务部关于跨境人民币直接投资有关问题的通知》（征求意见稿）（以下简称“《征求意见稿》”），向社会公开征求意见。2011 年 10 月 12 日，商务部正式颁布了《商务部关于跨境人民币直接投资有关问题通知》（商资函[2011]第 889 号）（以下简称“《通知》”），《通知》自颁发之日起开始实施。《通知》适用于外国投资者以及台湾、香港和澳门地区的投资者开展跨境人民币直接投资的情况。中国境外的人民币主要是集中在香港和台湾、澳门，新加坡和周边地区也有一些，《通知》旨在支持和鼓励这些地区的企业使用人民币到境内直接投资。

与之前公布的《征求意见稿》相比，《通知》就境外人民币的直接投资范围做了如下的不同规定：

第一、《征求意见稿》规定“跨境人民币直接投资在中国境内不得直接或间接用于投资有价证券和金融衍生品，以及用于委托贷款或偿还国内外贷款”，但是《通知》却去掉了“偿还国内外贷款”这一项。我们理解，这一规定扩大了境外人民币的使用范围，不只是用来投资，还可以用来偿还贷款。

第二、《通知》增加了第十一条的规定：“外国投资者使用合法获得的境外人民币参与境内上市公司定向发行、协议转让股票的，应按照《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》的要求向商务部办理相关审批手续。”该条规定为使用境外人民币参与境内上市公司定向发行、协议转让股票的外国投资者留下了一定的空间，也为境外合法获得的人民币顺利回流至境内证券市场提供了法律上的依据，即按照《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》的规定执行。但是，《外国投资者对上市公司战略投资管理办法》中对境外战略投资人的资质要求相对较高，并且规定了三年禁售期，因此我们认为，在合格境外机构投资者（RQFII）的具体规定出台前，尚不能作为境外人民币投资境内股市的良好途径。

《通知》对用于跨境人民币直接投资的境外人民币的合法来源、直接投资范围以及相关的审批流程做了较为详细的规定，具体如下：

### （1）境外人民币的合法来源

《通知》所称的“跨境人民币直接投资”是指外国投资者以合法获得的境外人民币依法来华开展直接投资活动，而“合法获得的境外人民币”具体包括：

- ① 外国投资者通过跨境贸易人民币结算取得的人民币，以及从中国境内依法取得并汇出境外的人民币利润和转股、减资、清算、先行回收投资所得人民币；
- ② 外国投资者在境外通过合法渠道取得的人民币，包括但不限于通过境外发行人民币债券、发行人民币股票等方式取得的人民币。

需要注意的是,《通知》特别指出,外国投资者以从中国境内所投资的外商投资企业获取但未汇出境外的人民币利润以及转股、减资、清算、先行回收投资所得人民币开展直接投资的,仍按照有关规定执行,并不适用《通知》。

## (2) 直接投资范围

### ① 基本原则

《通知》要求,跨境人民币直接投资及所投资外商投资企业的再投资应当符合外商投资法律法规及有关规定的要求,遵守国家外商投资产业政策、外资并购安全审查、反垄断审查的有关规定。跨境人民币直接投资房地产业应按照现行外商投资房地产审批、备案管理规定执行。

### ② 用途限制

《通知》对跨境人民币的直接投资范围进行了限制,即跨境人民币直接投资在中国境内不得直接或间接用于投资有价证券和金融衍生品(除《通知》第十一条规定外),以及用于委托贷款。这一限制的例外情形是《通知》第十一条的规定(《通知》第十一条的具体内容见上文)。

## (3) 审批流程

### ① 一般审核

根据《通知》的规定,各级商务主管部门按照现行外商投资审批管理规定和权限审批跨境人民币直接投资。投资者或外商投资企业除按照外商投资法律法规及有关规定的要求提交相关文件外,还应向商务主管部门提交下列文件:

- i. 人民币资金来源证明或说明文件;
- ii. 资金用途说明;
- iii. 《跨境人民币直接投资情况表》(即《通知》附件)。

跨境人民币直接投资中将原出资币种由外币变更为人民币的,需同时报请商务主管部门批准,除上述材料外,还需提供董事会等企业最高权力机构的决议、修改后的合同/章程(或修改协议)。

虽然《通知》删除了《征求意见稿》所要求提交的“由投资各方或企业法定代表人签署”的“关于跨境人民币用途的禁止性规定的承诺书”,我们理解,并不影响商务部对该等事项的关注,投资者仍需严格遵守《通知》所作的禁止性规定。

### ② 特别审核

根据《通知》的规定,地方商务主管部门应将《跨境人民币直接投资情况表》录入外商投资审批管理系统,对属于以下情形的跨境人民币直接投资,由省级商务主管部门在《跨境人民币直接投资情况表》上签章后,报商务部审核。

- i. 人民币出资金额达3亿或3亿元人民币以上;
- ii. 融资担保、融资租赁、小额信贷、拍卖等行业;
- iii. 外商投资性公司、外商投资创业投资或股权投资企业;

iv. 水泥、钢铁、电解铝、造船等国家宏观调控行业。

商务部收到省级商务主管部门报送的《跨境人民币直接投资情况表》后，在 5 个工作日内完成审核或提出审核意见。通过审核的，地方商务主管部门可出具批复，颁发外商投资企业批准证书。

我们理解，根据商务部于 2011 年颁发的商资函[2011]72 号《商务部关于外商投资管理有关问题的通知》的规定，如有境外投资者申请以跨境贸易结算所得人民币及境外合法所得人民币来华投资（包括新设立企业、对现有企业增资、并购境内企业及提供贷款等），省级商务主管部门应先函报商务部（外资司），待商务部（外资司）复函同意后，方可办理相关手续，并需在批件中明确出资货币形式和金额。而《通知》生效后，除上述第 3 节 b)项的情形外，其他的跨境人民币境内直接投资的审批权限则被下放到了地方商务主管部门。

#### （4）其他规定

另外，央行近期也发布《外商直接投资人民币结算业务管理办法》（“《管理办法》”），在根据《通知》获得商务部门批准之后，境外投资者和银行可依据《管理办法》办理外商直接投资人民币结算业务。我们理解，《管理办法》的出台，无论从内容上还是时间上，都是对《通知》的支持与保障，待合格境外机构投资者管理办法和操作细则正式出台后，跨境人民币直接投资的法律制度将会得到进一步的完善。

## 2、《支付机构客户备付金存管暂行办法（征求意见稿）》简述（作者：张漓、刘初）

随着《支付业务许可证》的下放，中国人民银行（“央行”）对非金融机构支付服务业务（或第三方支付机构）的相关监管细则的制定速度开始进一步加快，其于 2011 年 10 月 28 日发布了《支付机构预付卡业务管理办法（征求意见稿）》，并向社会公开征求意见。紧接着，央行又于 2011 年 11 月 4 日发布了《支付机构客户备付金存管暂行办法（征求意见稿）》（“征求意见稿”），并向社会公开征求意见。

一直以来，支付机构因第三方支付所产生的沉淀资金（“备付金”）的流动性风险、信用风险和操作风险等问题一直是支付机构缺乏监管的隐患地带，并直接影响支付机构客户资金的安全性。而不久前淘宝网中小商家针对支付宝的“挤兑”事件更将该等问题暴露在各方关注焦点之下。对此，征求意见稿的出台无疑应时应景，受到了支付机构行业内的极大关注。

与之前已出台的非金融支付机构服务的相关法律法规相比，该征求意见稿突出细化了以下方面的规定：

#### （1）征求意见稿首次明确了利息归属

在央行已颁布的《非金融机构支付服务管理办法》和《非金融机构支付服务管理办法实施细则（征求意见稿）》中，虽然明确了第三方支付机构的沉淀资金（即备付金）属于客户所有，不得挪用，但均没有规定备付金利息的归属。

而此次的征求意见稿中明确规定指出“支付机构可将计提风险准备金后的备付金银行账户利息余额划转至其自有资金账户”，而这也是监管部门首次明确了沉淀资金的利息归支付机构支配。而按照“支付机构计提的风险准备金不得低于其备付金银行账户利息所得的10%”这一规定来计算，支付机构可以获得最多90%的利息收入。据业内人士称，该等利息归属是借鉴了他国规定，即第三方支付服务中产生的利息都是归支付机构所有的，而不向客户计算支付或返还。该等规定对于拥有大额备付金的支付机构无疑是巨大商业利好。

此外，依据征求意见稿的规定，支付机构可以以活期存款、单位定期存款、单位通知存款、协定存款或经央行批准的其他形式，在备付金银行存放客户备付金。支付机构以活期存款形式存放的客户备付金，应当存放在备付金专用存款账户。支付机构以活期存款之外的其他形式存放客户备付金的，应当确保其以活期存款形式存放的客户备付金能够满足日常支付业务需要，且其在备付金合作银行以活期存款之外的其他形式存放的客户备付金的期限不得超过3个月。而该等部分客户备付金可转成为期3个月的单位定期存款的利息也将可以归属支付机构所有。

#### (2) 征求意见稿规定了备付金存管指定银行的相关制度

除备付金利息归属问题外，备付金存管机构的选择也对非金融机构支付服务行业影响重大。此前，《非金融机构支付服务管理办法》规定了支付机构只能选择一家商业银行作为备付金存管银行。随后，只有包括支付宝等在内少数大型第三方支付机构明确了自己的备付金托管银行，其余支付机构则始终未予以披露。

而在现实中，支付机构往往拥有大量的备付金，是银行的重要客户资源。在现有市场条件下，支付机构一般不会将备付金只集中到一家银行，是与多家银行进行合作。对此，征求意见稿虽然规定了“支付机构只能选择一家商业银行作为备付金存管银行”，但其同时也指出“支付机构可以根据业务需要选择商业银行作为备付金合作银行”，这在强令降低支付机构的存款账户数量的同时变相放宽了对银行选择的唯一性限制，有效降低央行对支付机构资金监控的难度。

据相关消息称，已有40家获得了支付业务许可证的第三方支付机构，大多还没有确定自己的备付金存管银行。这对于商业银行也是一个巨大商机。

#### (3) 征求意见稿对备付金账户的相关要求作出了细化规定

根据征求意见稿的规定，支付机构在备付金银行开立的备付金专用存款账户按使用要求不同，划分为备付金收付账户和备付金汇缴账户。

支付机构在备付金存管银行开立的备付金收付账户，可通过现金、行内资金划转或者跨行资金划转的方式接受客户备付金，以及通过行内资金划转或者跨行资金划转的方式直接为客户办理支付业务。对于同一法人备付金合作银行，支付机构只能在备付金主合作行开立一个备付金收付账户。支付机构根据业务需要在同一法人备付金合作银行的不同分支机构开立的、备付金收付账户之外的其他备付金专用存款账户，均为备付金汇缴账户。

备付金汇缴账户仅限于支付机构通过现金或行内划转的方式接受客户备付金。备付金合作银行应当于每日营业终了前将备付金汇缴账户的资金自动划转至支付机构在该备付金主合作行开立的备付金收付账户，或者划转至支付机构在备付金主存管行开立的备付金专用存款账户。这意味着备付金汇缴账户仅能接受客户备付金，不能办理支付业务，其每日营业结束时不得产生余额，减少了该等备付金被挪用、侵占的风险。

综上，征求意见稿对于第三方支付机构的客户备付金的基本管理制度作出了比较详细的规定。但由于各方对于该等征求意见稿的反馈尚不得而知，特别是对于涉及到各方利益分配（例如利息归属问题）条款是否会产生较大争议也是未知之数，第三方支付机构行业仍需等待正式文本的出台。

### 3、上海增值税改革试点方案解读（作者：薛冰、刘家欣、刘初）

财政部和国家税务总局于 2011 年 11 月 16 日联合发布了关于印发《营业税改征增值税试点方案》的通知（财税[2011]110 号，“**110 号通知**”）和《关于在上海市开展交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点的通知》（财税[2011]111 号文件，“**111 号通知**”，与 110 号通知合称“**试点法规**”），对在上海开展营业税改征增值税试点方案（“**试点方案**”）的实施办法、有关事项以及过渡政策进行了明确。试点方案自 2012 年 1 月 1 日起在上海正式施行。

试点方案的出台，标志着中国流转税转型改革迈出了关键性的步伐，本轮试点将在很大程度上改变中国现行流转税制度。我们结合试点法规，将试点方案的核心要点予以概括介绍，谨供参考。

#### （1）试点方案介绍

财政部和国家税务总局联合发布的试点法规对试点方案的施行做出了系统规定。

##### ① 试点法规

110 号通知主要确定了试点方案的指导思想和基本原则，对试点改革的主要范围与分步安排做出了原则性的介绍。

111 号通知对本轮在上海开展的试点改革的具体安排做出了细则性的规定，111 号通知包括下列三个附件：

- 附件 1：交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点实施办法；
- 附件 2：交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点有关事项的规定；
- 附件 3：交通运输业和部分现代服务业营业税改征增值税试点过渡政策的规定。

##### ② 试点的行业范围

我们将试点法规所明确的纳入本轮试点改革的十个行业范围及相应的增值税税率总结如下：



行业类别	试点行业范围	试点增值税率
交通运输业	陆路运输服务	11%
	水路运输服务	11%
	航空运输服务	11%
	管道运输服务	11%
部分现代服务业	研发和技术服务	6%
	信息技术服务	6%
	文化创意服务	6%
	物流辅助服务	6%
	有形动产租赁服务	17%
	鉴证咨询服务	6%

在 111 号通知所附的应税服务范围注释中，对前述十个试点行业的应税服务范围进行了详细介绍。

需要特别注意的是，原属于营业税应税行业范围的建筑业、邮电通信业以及金融保险业等暂未包含在试点范围内，但根据试点方案的原则，前述行业将很可能在试点方案进一步深化时被纳入改革范围。

### ③ 试点的区域范围

本轮试点改革的区域限定在上海，但企业的经营区域却可能是跨区域的，试点法规对跨区域提供应税服务的税务处理做出了规定，我们以上海和国内非试点地区作为划分标准为例将相关规定总结如下：

服务提供方所在地	应税劳务发生地	应税类别
上海	上海	增值税
上海	非试点地区	营业税，允许在缴纳增值税时抵减
非试点地区	上海	营业税
非试点地区	非试点地区	营业税

此外，根据试点法规，跨境的应税劳务交易，也将带来差异化的税收征管。

### ④ 试点方案的其他主要内容

#### i. 增值税一般纳税人认定

根据 111 号通知，应税服务年销售额超过人民币 500 万元（含）的企业需注册登记为增值税一般纳税人；对于年应税销售额低于人民币 500 万元的企业，如果会计核算健全，仍可申请增值税一般纳税人资格认定。

#### ii. 税收优惠政策延续

根据试点法规，目前部分特定行业享受的营业税优惠政策得以继续延续，包括技术开发与转让的相关服务和符合条件的离岸服务外包业务等。

## （2）我们的观点

目前距试点方案的正式施行仅剩一个月左右的时间，我们建议纳入本轮增值税改革试点的企业应当综合评估交易安排，密切关注地方税务机关对本次试点方案的实施指引，防范税收合规风险。

## 4、 商务部附条件批准佩内洛普有限责任公司收购萨维奥纺织机械股份有限公司（作者：周颖、李昊泽）

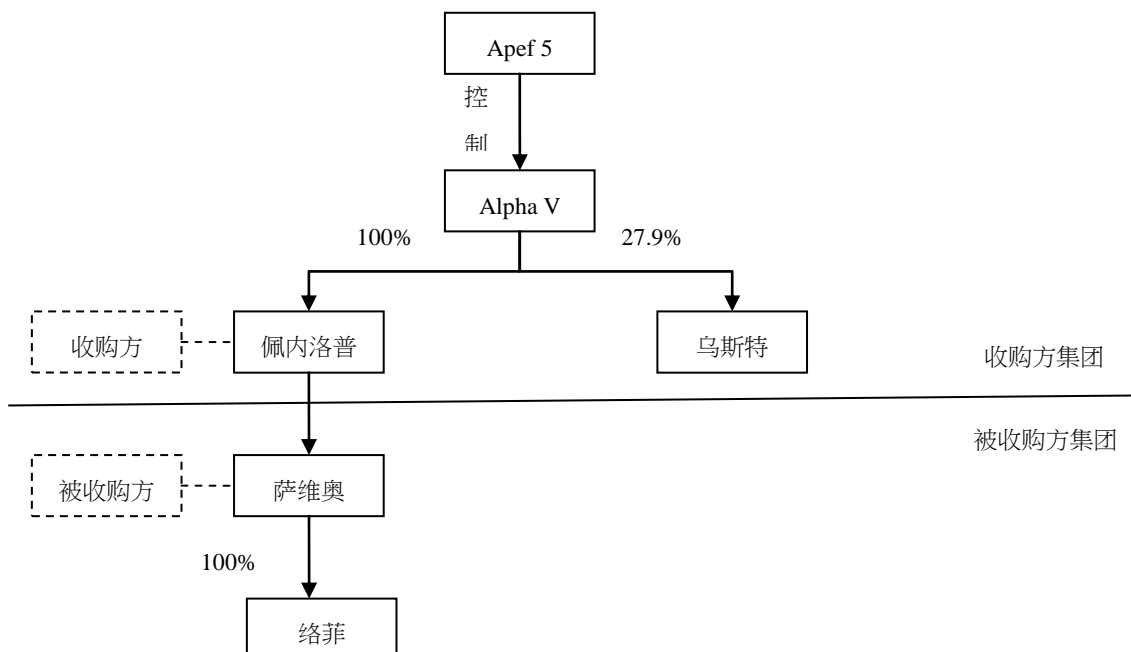
商务部于 2011 年 11 月 2 日在其网站上公布了《关于附条件批准佩内洛普有限责任公司收购萨维奥纺织机械股份有限公司反垄断审查决定的公告》（商务部公告 2011 年第 73 号，“73 号公告”）。本文将主要介绍 73 号公告所涉收购案（“本收购案”）反垄断审查的基本情况以及本收购案值得关注的地方。

### （1）本收购案反垄断审查的基本情况

#### ① 本收购案反垄断审查基本情况介绍

根据 73 号公告，本收购案的收购方为佩内洛普有限责任公司（“佩内洛普”），被收购方为萨维奥纺织机械股份有限公司（“萨维奥”），涉嫌垄断的行业是自动络筒机电子清纱器的制造。其中，收购方佩内洛普并非自动络筒机电子清纱器的制造企业，而是一家私募股权基金 Alpha Private Equity Fund V（“Alpha V”）全资控股的工具公司，从事自动络筒机电子清纱器制造的企业是 Alpha V 持股 27.9% 的子公司，乌斯特技术有限公司（“乌斯特”）；同样，被收购方萨维奥也非自动络筒机电子清纱器的制造企业，从事自动络筒机电子清纱器制造的企业为萨维奥的全资子公司络菲兄弟有限公司（“络菲”）。

本收购案架构图如下：



## ② 立案和审查程序

商务部于今年 7 月 14 日收到佩内洛普收购萨维奥经营者集中申报；在要求申报方补充齐全材料后，于 9 月 5 日开始对本收购案立案审查；9 月 15 日，商务部向申报方提出了对此项集中的竞争关注；9 月 23 日，Alpha V 的最终控制实体 Apef Management Company 5 Limited（“Apef 5”）向商务部提交了最终解决方案（详见下文）；9 月 30 日，商务部决定实施进一步审查，在进一步审查过程中，商务部通过了该方案并于 10 月 31 日作出了对本收购案附加限制性条件的批准决定。综上所述，从商务部收到经营者集中申报开始，到最终作出决定，本案反垄断审查历时约三个半月。

## ③ “排除、限制竞争的不利影响”的认定标准

《反垄断法》第二条规定：“中华人民共和国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本法”。在 73 号公告中，商务部反垄断局具体从自动络筒机电子清纱器市场竞争状况、供求关系、采购模式和市场进入等问题进行了调查，发现作为仅有的两家自动络筒机电子清纱器制造商，乌斯特和络菲 2010 年在全球市场的份额分别为 52.3% 和 47.7%，在中国市场的份额与此类似；并且商务部认为自动络筒机电子清纱器的市场准入门槛很高，新的企业进入难度很大。因此，商务部判断此项集中完成后，乌斯特和络菲有可能通过 Alpha V 协调其经营活动，排除、限制自动络筒机电子清纱器市场的竞争。同时，Alpha V 也有可能通过对乌斯特和络菲的控制和影响从事上述排除、限制竞争行为。

## ④ 附条件批准的“条件”

本收购案的批准所附的条件是 Apef 5 在独立的监督受托人监督下，于今年 10 月 31 日起 6 个月内将其通过 Alpha V 持有乌斯特的股份转让给独立第三方，并将受让方的身份、交易量以及交易日期向商务部报告，而在上述转让完成之前 Apef 5 不得参与或影响乌斯特的经营管理活动。

### （2）本收购案值得关注的地方

本案有两点值得注意，一是申报人为私募股权基金全资控制的持股公司，二是商务部认定申报人可能控制其未持有 50% 以上股权的公司。如本文第一部分所述，本案中，收购方是私募股权基金全资控股的工具公司，这在商务部已公布的反垄断审查决定中第一次出现，之前公布的案例中均不涉及申报人为私募股权基金或管理公司的情形。通常基金公司都是财务投资人，较少参与公司管理；从公告内容来看，看不出所涉基金公司参与公司管理的程度是不是超过了一般财务投资人的参与程度（公告提到的“股权结构、股东大会表决机制、股东大会历史出席记录、董事会的组成和表决机制”都是一般财务投资人可能有的权利），而且公告用的是“不排除”参与或影响经营的可能性。

在商务部以前公布的公告中涉及的大部分关联公司都是并购各方持有 50% 以上股权的公司。而在本案中，Alpha V 仅持有了乌斯特的 27.9% 的股权，虽然是第一大股东，但可能没有达到控股股东的标准，但是根据 73 号公告原文“商务部重点对 Alpha V 是否可能参与或影响乌斯特的经营活动进行了审查，内容包括乌斯特的股权结构、股东大会表决机制、股东大会历史出席记录、董事会

的组成和表决机制等。商务部认为，不能排除 Alpha V 参与或影响乌斯特经营活动的可能性。”我们认为，在本收购案中，商务部反垄断局对审查对象的界定参照了《经营者集中申报办法》（“《申报办法》”）第五条计算单个经营者营业额的思路，即，参与集中的单个经营者的营业额应当为下述经营者的营业额总和：（一）该单个经营者（如佩内洛普、萨维奥）；（二）第（一）项所指经营者直接或间接控制的其他经营者（如络菲）；（三）直接或间接控制第（一）项所指经营者的其他经营者（如 Alpha V）；（四）第（三）项所指经营者直接或间接控制的其他经营者（如乌斯特）；（五）第（一）至（四）项所指经营者中两个或两个以上经营者共同控制的其他经营者。并且此处的“控制”商务部反垄断局采取了宽泛的认定标准。商务部对“控制”标准的界定可能借鉴了 2009 年 1 月 20 日公布的《申报办法》（征求意见稿）中对“控制”的界定，即“取得其他经营者 50% 以上有表决权的股份或资产”或“虽未取得其他经营者 50% 以上有表决权的股份或资产，但通过取得股权或资产以及通过合同等方式，能够决定其他经营者一名及以上董事会成员和核心管理人员的任命、财务预算、经营销售、价格制定、重大投资或其他重要的管理和经营决策等”。虽然上述标准在《申报办法》的正式版本被拿掉了，但是商务部在反垄断审查实践中可能还是以其为参考。

## 特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤专递》的目的仅为帮助客户及时了解中国法律及实务的最新动态和发展，上述有关信息不应被看作是特定事务的法律意见或法律依据，上述内容仅供参考。

如您对上述内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所的下列人员联系：

### 联络我们

#### 北京总部

电话：+86-10-8525 5500

地址：中国北京市东长安街1号东方广场办公楼C1座906室

邮编：100738

#### 陈容 律师：

电话：+86-10-8525 5541

Email: [estella.chen@hankunlaw.com](mailto:estella.chen@hankunlaw.com)

#### 上海分所

电话：+86-21-6080 0909

地址：中国上海市静安区南京西路1266号恒隆广场5709室

邮编：200040

#### 孙敏煜 律师：

电话：+86-21-6080 0907

Email: [anita.sun@hankunlaw.com](mailto:anita.sun@hankunlaw.com)

#### 深圳分所

电话：+86-755-3680 6500

地址：中国深圳市福田区益田路4068号卓越时代广场4709室

邮编：518048

#### 王哲 律师：

电话：+86-755-3680 6518

Email : [jason.wang@hankunlaw.com](mailto:jason.wang@hankunlaw.com)