

现行反垄断审查法律框架及动向研究

作者：李卓蔚、金文玉、黄蓉、李昊泽 发表于：《律商网中国法律透视》2011年第20期

商务部于2011年8月29日颁布了《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》（“《暂行规定》”），《暂行规定》自2011年9月5日施行。本文将对我国现行反垄断审查的基本框架，《暂行规定》对现行反垄断法律框架的影响以及反垄断领域的法规、政策动态以及对并购项目可能造成的影响进行介绍和分析，并提供相关建议。

一、现行反垄断审查的基本框架

1. 适用范围以及垄断行为的界定

根据《中华人民共和国反垄断法》（“《反垄断法》”）第二条的规定，1）在中国境内经济活动中的垄断行为；2）在中国境外经济活动中的垄断行为，但对境内市场竞争产生排除、限制影响的，都有可能受到商务部的反垄断审查。也就是说，交易行为（如并购等）无论发生在中国境内还是境外，一旦达到了申报标准（详见本节第3部分的介绍），就应该向商务部提交反垄断审查申请。

根据《反垄断法》第三条的规定，垄断行为包括以下三种：1）经营者达成垄断协议；2）经营者滥用市场支配地位；3）具有或可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。本文将主要论述经营者集中项下的反垄断审查的相关规定以及可能对贵公司产生的影响。

2. 经营者集中的界定

根据《反垄断法》以及2010年1月1日实施的《经营者集中申报办法》（“《申报办法》”），经营者集中包括以下三种情形：

- A) 经营者合并。这种交易模式相对清晰，主要包括贵公司通过新设或吸收的方式合并其他经营者。
- B) 经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权。这种方式也相对较清晰，包括了贵公司通过股权收购或资产收购的方式取得对其他经营者的控制权。
- C) 经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。通过我们和商务部反垄断局商谈处官员匿名的电话沟通，对方解释本条中“合同等方式”的规定属于兜底条款，包括但不限于合同、知识产权许可、控制原料来源等方式。

需要注意的是，关于如何界定上述B、C款中的“控制权”和“决定性影响”在商务部2009年1月20日公布的《申报办法》（征求意见稿）中，曾界定为“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”。但是2010年1月1日实施的《申报办法》并未采纳上述界定，所以在实践操作中，经营者集中

的界定存在一定的不确定性。

3. 申报标准

根据《国务院关于经营者集中申报标准的规定》（“《申报标准》”），达到下列标准的经营者集中需进行反垄断申报，不申报不得实施集中：（1）参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过 100 亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4 亿元人民币；或（2）参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过 20 亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4 亿元人民币。《申报办法》对经营者营业额的确定方法作了详细的规定。在此需要进一步强调的是，无论把并购交易放在境外还是境内，只要达到了申报标准，都需要进行反垄断审查申报。

值得注意的是，根据《反垄断法》，下述两种情形下，经营者可以不进行申报：1) 参与集中的一方为母公司，其他方为被其控制（通过持有百分之五十以上有表决权的股份或者资产进行控制）的子公司之间进行的集中行为；2) 共同受第三方（该第三方不参与集中）控制（百分之五十以上有表决权的股份或者资产进行控制）的兄弟公司之间的集中行为。

4. 申报义务人

根据《申报办法》，采取合并方式实施的经营者集中交易，申报义务人应当为合并的各方；采取其他方式实施的经营者集中交易，申报义务人应当由取得控制权或能够施加决定性影响的一方申报，其他方应予配合。申报人义务人可自行申报或委托他人代理申报。

5. 审查期限和决定

根据《反垄断法》，经营者集中反垄断审查分为两步，第一步是初步审查，不超过三十日；如初步审查后，商务部门认为需要进一步审查的，应当进行进一步审查，不超过九十日，如有特殊情况，则可以延长，但延长期不超过六十日。因此，商务部门实施经营者集中反垄断审查的最长审查期限可达一百八十日。

根据《反垄断法》和《经营者集中审查办法》（“《审查办法》”），商务部在反垄断审查之后将做出以下三种审查决定：

- A) 不予禁止的决定：初步审查阶段：1) 国务院反垄断执法机构作出不实施进一步审查的书面决定；或 2) 逾期未作出决定。进一步审查阶段：作出不予禁止的决定。
- B) 附条件的不予禁止的决定：附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件，如 1) 剥离参与集中的经营者的部分资产或业务等结构性条件；2) 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；3) 结构性条件和行为性条件相结合的综合条件。目前，除剥离结构性条件已经在《关于实施经营者集中资产或业务剥离的暂行规定》（“《剥离暂行规定》”）中有了较明确的规定外，其他两种条件，即开放性条件和综合性条件并未有具体的法规规定。据报道，商务部将于 2011

年、2012 年内出台《关于经营者集中附加限制性条件的规定》（“《限制性条件规定》”），对“限制性条件”的提出、类型、确定及其执行和监督做出明确规定。

C) 禁止集中的决定：须书面说明理由。

从目前的实践来看，商务部仅公布禁止集中以及附条件通过的决定。公开资料显示，截至目前，在商务部已审结的反垄断案件中，其中大部分案件都获得批准，7 件案件获得附条件批准（分别为：英博集团公司收购 AB 公司、日本三菱丽阳公司拟收购璐彩特国际公司、美国通用汽车有限公司拟收购美国德尔福公司、美国辉瑞公司收购美国惠氏公司、松下株式会社收购三洋电机株式会社、诺华股份公司收购爱尔康公司、乌拉尔开放型股份公司吸收合并谢尔维尼特开放型股份公司）和禁止的仅有 1 个案子（即美国可口可乐公司收购中国汇源果汁集团有限公司）。从上述数据中可以看出，目前附条件批准和禁止的案例数量很少，而且收购方或合并方全是外国公司。

6. 未依法申报的处理

根据《反垄断法》第四十八条的规定，达到申报标准而未申报的，商务部将责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，并可以处五十万元以下的罚款。如上文所述，据报道，商务部将于 2011 年、2012 年内出台《关于未依法申报的经营者集中调查处理办法》（“《未依法申报处理办法》”）。该处理办法目前正处于征求意见阶段（详见本文第三部分）。

二、《暂行规定》对现行反垄断法律框架的影响

整体上来说，《暂行规定》并未对现行的反垄断法律框架有实质性的修订或突破，而是对《反垄断法》相关审查因素的细化。《反垄断法》第二十七条列出了商务部审查经营者集中应考虑的几个因素，包括参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力；相关市场的市场集中度；经营者集中对市场进入、技术进步的影响；经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响；经营者集中对国民经济发展的影响；国务院反垄断执法机构认为应当考虑的影响市场竞争的其他因素。

《暂行规定》对上述各个因素进行了细化。具体如下：

- A) 对于“参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力”因素，《暂行规定》第 5 条规定了市场份额和市场控制力具体判断标准，如参与集中的经营者在相关市场的份额，以及相关市场的竞争状况等等；
- B) 对于“相关市场的市场集中度”因素，《暂行规定》第 6 条规定了市场集中度所采用的指数，即通常用赫芬达尔-赫希曼指数（HHI 指数）和行业前 N 家企业联合市场份额（CRN 指数），并考察潜在竞争者进入的抵消效果；
- C) 对于“经营者集中对市场进入、技术进步的影响”因素，《暂行规定》第 7 条和第 8 条分别规定了市场进入的难易程度的控制手段和判断标准以及经营者对技术进步的不利和有利影响；

- D) 对于“经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响”因素，《暂行规定》第9条和第10条分别规定了经营者对消费者和其他经营者的不利和有利影响；
- E) 对于“经营者集中对国民经济发展的影响”因素，《暂行规定》第11条规定了经营者对国民经济发展不利和有利影响；
- F) 对于“国务院反垄断执法机构认为应当考虑的影响市场竞争的其他因素”，《暂行规定》第12条将上述“其他因素”细化为集中对公共利益的影响、对经济效率的影响、参与集中的经营者是否为濒临破产的企业，是否存在抵消性买方力量等。

除了上述细化的规定之外，《暂行规定》还列举了评估经营者集中对竞争产生不利影响可能性时所要考虑的因素：

- A) 考察集中是否产生或加强了某一经营者单独排除、限制竞争能力、动机及可能性。
- B) 当集中所涉及的相关市场中有少数几家经营者时，还应考察集中是否产生或加强了相关经营者共同排除、限制竞争的能力、动机及其可能性。
- C) 当参与集中的经营者不属于同一相关市场的实际或潜在竞争者时，重点考察集中在上下游市场或关联市场是否具有或可能具有排除、限制的竞争效果。

三、法规政策动态

根据公开报道，商务部反垄断局将于今明两年出台三个新规则，分别为《限制性条件规定》、《未依法申报处理办法》和《未达申报标准涉嫌垄断经营者集中调查处理办法》（“《未达申报标准处理办法》”）。目前，《未依法申报处理办法》已经有了征求意见稿，《未达申报标准处理办法》的草案也已经公布。

1. 《未依法申报处理办法》

《未依法申报处理办法》（征求意见稿）对未依法申报的经营者集中调查的启动、调查内容和程序、调查措施、处理决定等内容进行了规定，目的是规范对达到申报标准但未依法申报的经营者集中的调查处理。其中有以下两点值得特别注意：

- A) 任何单位和个人都有权向商务部举报未依法申报的贵公司经营者集中交易，而且只要举报采用书面形式，并提供举报人和贵公司的基本情况、涉嫌未依法申报经营者集中的相关事实和证据等内容的，商务部都应当进行必要的调查；
- B) 关于未依法申报的处理后果。《未依法申报处理办法》第十四条沿用了《反垄断法》第四十八条的规定，即责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，并可以处五十万元以下的罚款。

2. 《未达申报标准处理办法》

根据《申报标准》第四条和《申报办法》第十六条的规定，即使相关并购交易未达到申报标准，但是如果商务部门按照规定程序收集的事实和证据表明贵公司的交易行为具有或可能具有排除、限制竞争效果的，商务部门会主动审查贵公司的交易。《未达申报标准处理办法》（草案）对未达申报标准涉嫌垄断经营者集中发起调查和竞争交易评估提供依据。

四、小结

上述三个反垄断配套规定的立法计划表明中国政府从严实施反垄断审查的态度。虽然《反垄断法》和相关规定对不申报的后果作了简单的规定，但是在实践中的执行力并不强。随着《未依法申报处理办法》以及《未达申报标准处理办法》的出台，如出现未依法申报的情形，商务部会主动或因竞争对手的举报而进行相关的调查，从而使得交易无法正常进行。虽然上述两个处理办法更多的是程序性的规定，而并未对相关的处罚作出突破性的规定，但是至少表明了中国政府从严执法的态度。从长远来看，公司可能需要结合自身的并购策略和计划，基于自身的并购市场细分领域和目标公司的大致规模情况等，研究一下将来可能进行的并购活动引发反垄断审查的可能性，以便提前作好交易流程上的准备工作，并对有关领域的具体政策有所了解 and 准备。