

境外反垄断申报（一） — 交易境外反垄断申报概览与合规管理

作者：仕达 | 陈华屹 | 任正奇

一、前言

随着中国企业“走出去”的步伐日益加快，海外投资和并购正逐渐成为常态。然而，在这一过程中可能存在广泛而复杂的境外监管挑战。企业在海外经营过程中，必须密切关注各个司法辖区的具体规定，以避免不必要的法律风险。

其中，境外反垄断申报是涉境外交易中最常见的监管要求。一项交易可能在多个司法辖区触发反垄断申报和审查，对交易的进程乃至结果产生影响和潜在风险，交易方必须对此予以重视。而且，尽管全球多数司法辖区的反垄断申报和审查的法律框架和中国的规定相类似，有一些司法辖区存在相当特殊的规则，而一旦忽视就可能产生法律风险。因此，交易方应当对全球主要司法辖区的反垄断申报审查框架有所了解。此外，了解申报门槛、审查程序等也有助于更好安排交易进程和评估交易风险。

我们将通过一系列文章，对境外反垄断申报进行概括介绍，并梳理各国关于申报和审查的相应要求，以便于企业在海外交易中更好分析境外反垄断申报义务和风险，为交易的顺利推进保驾护航。

二、境外反垄断申报概览

（一）需申报的交易类型

在大多数司法辖区，判断是否需要进行反垄断申报的第一个问题在于拟议交易是否构成“经营者集中”。在多数司法辖区，这一判断标准在于合并及取得控制权，然而在部分司法辖区，不伴随控制权取得的少数股权收购等情形亦可能触发申报义务。

■ 合并

合并是最典型的构成经营者集中的交易类型。无论是吸收合并、新设合并或其他交易架构，均很可能涉及经营者集中申报。

■ 取得控制权

购买或转让股权或资产进而取得对标的的控制权，或通过合同或其他方式取得事实上的控制权，也是常见的构成经营者集中的交易类型。如果一方收购另一方多数股权，那么通常会被认定为构成取得控

制权。如果一方未收购多数股权，但是可以对另一方的经营施加影响，则需要个案中判断是否构成控制权取得。

通常而言，如果一项交易涉及到控制权的变更，即建议分析是否在所涉及的司法辖区可能会达到申报门槛，从而触发申报义务。

■ 施加重大影响

“施加重大影响”所代表的控制程度较“取得控制权”更低。然而，如果一方在交易中仅取得对另一方施加重大影响的权力，则可能也会在部分司法辖区构成需申报的经营者集中。例如，在英国，经营者集中的界定包括三个标准，即一方取得另一方的多数股权、一方可以控制另一方的经营、一方可以对另一方施加重大影响。而根据英国监管部门的指南，只要一方收购另一方 15% 股权即可能构成能够施加重大影响。

■ 收购不具备控制权的少数股权

部分国家要求经营者对取得标的的少数股份的交易也进行申报。例如在韩国，取得另一公司 20% 以上股份即可能构成需申报的交易（如果标的是韩国上市公司，则仅需 15%）。因此，即使一项交易不涉及控制的变更或一方施加重大影响，也需要对交易可能涉及的司法辖区的反垄断申报义务进行评估，以免在部分司法辖区违反相关法律。

需要注意的是，部分国家可能同时采取控制权标准与股权比例标准，例如俄罗斯法规定，收购俄罗斯的有限责任公司股权达到 1/3、50%、2/3（股份公司则为 25%、50%、75%）将构成集中，但同时对公司业务取得决策权也会构成集中。因此，对于此类同时采取多个标准的国家，需要从多个层面进行分析，以避免遗漏。

■ 设立合营企业

对于新设合营企业而言，不同司法辖区的法律规则存在明显差异。部分辖区中，任何新设合营企业的行为均可能构成一项经营者集中；而在另一些司法辖区中，新设合营企业只有在长期履行自主经济实体的功能的情况下（即全功能合营企业，Full-Functional Joint Ventures）才会构成经营者集中。另有部分司法辖区对于合营企业没有直接规定，需要通过取得控制权等标准进行个案分析。

此外，就设立合营企业而言，部分国家的全功能合营企业要求同样适用于在既有企业基础上形成合营企业的结构，即，对于通过增资或股权收购在既有企业基础上形成合营企业的，同样也需满足合营企业长期履行自主经济实体的功能才会构成经营者集中，如欧盟、法国等。但需注意，在部分国家（如奥地利），尽管其要求新设立的合营企业是全功能的，但对于在既有企业基础上形成合营企业的交易则不适用全功能合营企业的要求。

（二）申报门槛

如果一项交易构成经营者集中，那么达到一定的申报门槛后，即可能会触发申报义务。常见的申报门槛包括：营业额标准、资产标准、市场份额标准、交易规模标准。不同司法辖区可能会选择某一个或多个（任一满足或全部满足）标准。

■ **营业额标准：**即交易方一方或多方在特定司法辖区或全球的上一会计年度的营业额达到某特定数额。通常而言，营业额的计算包括该交易方所属集团的全部公司。

如菲律宾的申报标准之一为：至少一个参与集中的经营者，其所属集团在菲律宾的年营业额总和，或最终母公司的总资产，超过七十亿菲律宾比索（约 8.87 亿人民币）。

- **资产标准：**即交易方一方或多方在特定司法辖区或全球的上一会计年度的资产规模达到某特定数额。

如印度尼西亚的申报标准之一为：交易方在印度尼西亚的资产价值合计超过 2.5 兆印尼盾（约合 11.5 亿元人民币）。

- **市场份额标准：**即交易方一方或多方在特定司法辖区占据了达到某特定数额的市场份额。

如越南的申报标准之一为：交易各方在交易的上一年度在越南的合并市场份额达到或超过 20%。

- **交易规模标准：**即交易金额，在部分司法辖区存在特别计算公式予以确认，而非单纯交易合同所列示的金额。

如美国的交易规模标准（Size-of-Transaction），交易规模取决于于买方在交易后取得的资产、有表决权的证券和其他非公司权益的总体价值。

多数司法辖区下申报门槛会不时调整，并且部分司法辖区可能对诸如保险、证券、银行等特殊行业设定特别的申报门槛要求。因此，如果初步判断认为一项交易可能会在部分司法辖区构成经营者集中，那么准确把握该等司法辖区的申报门槛就十分重要。

（三）申报时点及程序

在多数司法辖区，若一项交易构成经营者集中且达到申报门槛，则必须在集中实施之前（即交割前）进行申报，并且在取得批准前不得进行集中，否则将面临可能极为严厉的处罚。在少数司法辖区，交易被允许在审查某阶段结束后（但未全部完成之前）完成交割；或交易的申报义务为事后申报，即在交易完成后的一定期限内进行申报。此外，事前申报亦不意味着当事方可以在交易早期即进行申报——通常而言，只有形成交易文件乃至交易文件已完成签署后，监管当局才会受理申报。

在多数司法辖区，经营者集中申报的整体流程包括：

■ 申报前商谈

在一些司法辖区，申报方可以在申报前申请与监管机构进行非正式商谈，以了解监管机构对特定交易的态度，以及对申报材料的具体要求。在部分司法辖区，申报前商谈是强制性的。申报前商谈通常不会给出任何正式意见，且通常没有固定的时间期限。

■ 受理申报

申报方进行申报后，监管机构会评估申报材料的完整性。进行申报前商谈有助于让申报方了解监管机构对于申报材料完整性的要求，从而避免申报被拒绝受理或要求补正。

■ 第一阶段审查

在大多数司法辖区，经营者集中审查分为两个阶段。在第一阶段中，通常监管机构会初步判断交易是否可能会产生排除或限制竞争效果，并决定批准交易或进入第二阶段审查。在第一阶段中，大多数司法辖区存在“停表”制度，即监管机构可以要求申报方补充材料或信息，并在此期间暂停计算审查期限。通常而言，申报方也可以在第一阶段提出承诺方案，承诺采取特定行为或进行特定业务剥离等措施以减

少监管机构的竞争忧虑，并与监管机构就承诺方案进行磋商。

■ 第二阶段审查

第二阶段审查为进一步审查，通常只有监管机构认为存在排除限制竞争可能时才会进行。在这一阶段，监管机构可能会进行市场调研等行为，以进一步分析集中对市场竞争的影响。第二阶段通常审查持续时间比第一阶段长。第二阶段审查的结果可能是批准交易、附条件批准交易或禁止交易。

因此，经营者集中申报将对交易时间表产生显著影响。特别在存在竞争的公开要约收购，或时间敏感的交易中，经营者集中申报可能会对交易的进程产生重大不确定性。近年来，因为无法及时取得反垄断批准而被迫放弃的交易并不罕见，部分交易方因此承担高额分手费或反向分手费。所以，交易方需要仔细评估申报要求以及时间安排，以免耽误交易进程乃至发生损失。

（四）自愿与强制申报

尽管多数司法辖区对经营者集中申报设立了强制申报义务，即要求符合一定条件的交易必须在交易完成前或完成后的一定期限内进行申报，例如英国、澳大利亚等部分司法辖区对经营者集中申报设定的是自愿申报规则，即交易方没有义务进行申报，并且不申报也没有相应罚则。

然而，自愿申报不代表交易就一劳永逸，无需考虑任何申报。在这些司法辖区，通常监管当局会主动或因举报而了解一项交易是否可能产生排除或限制竞争的效果。如果交易被认为存在这些效果，那么交易方可能面临被要求剥离业务等一系列不利后果。这将给交易各方带来损失，并给交易制造风险。因此，在这些司法辖区，通常交易方仍需评估交易可能存在的反垄断风险，并在认为存在风险时主动进行自愿申报，以给交易增加确定性。

（五）不申报后果

通常而言，在存在强制申报制度的司法辖区，对不申报（包括未取得批准即实施集中，和事后未在规定时间内完成申报）均设有相应处罚。处罚通常为罚款，但金额在不同司法辖区差异极大。部分司法辖区的罚款为交易金额或交易方营业额的一定百分比，而在部分司法辖区，相应罚款上限则可能为固定的金额。此外，视监管机构认为交易是否产生排除、限制竞争效果不同，罚款上限也可能存在差异。

除罚款外，不依法申报的法律后果还可能包括对交易（包括未来交易）的禁止令，并且很可能面临监管机关的调查。如果监管机关调查认为存在排除或限制竞争的效果，则可能对交易方施加更高额度的罚款，并要求交易方采取包括但不限于剥离业务在内的一系列救济措施。

三、全球申报的合规管理

（一）分析交易

对于一项交易而言，首先需要分析（1）是否可能构成经营者集中，以及（2）在哪些司法辖区需要进行申报。

首先，如前所述，对于合并或取得控制权的交易而言，通常构成经营者集中。然而，部分交易下对于交易方是否取得控制权，可能需要进行细致的个案判断。此外，部分司法辖区下取得重大影响或少数权益即可能触发申报义务，对此不能忽视。所以，聘请专业律师进行系统性梳理是有必要的。

其次，如果一项交易可能在一些司法辖区构成经营者集中，则需要判断在哪些司法辖区需要进行申

报。此时，第一需要梳理交易方可能涉及到的司法辖区（例如交易各方存在业务的国家和地区，尤其是目标公司开展业务的国家和地区），第二需要评估交易是否在特定司法辖区构成经营者集中，且达到强制申报标准，或根据评估结果认为应当自愿申报。第三，可以评估特定司法辖区不申报即实施集中的处罚风险，以及交易的时间进度要求、该司法辖区的申报难度、不确定性等，以决定是否在特定司法辖区进行申报。

因此，聘请专业的外部律师进行各司法辖区申报事项的统筹协调非常重要。专业律师可以对拟议交易进行多司法辖区申报义务的初步分析，接洽需申报各司法辖区的当地律所，并协助申报信息收集、起草、递交和准备补充问题答复等工作。

（二）进程管理

如上所述，各司法辖区对于申报的时点、流程、审批期限等存在不同，交易方也需要花费一定时间准备各司法辖区的申报材料。因此，为了避免对交易时间表产生不利影响，交易方在交易初期就应当对交易是否可能涉及多司法辖区申报进行分析，在设定交易时间表和交割先决条件时充分考虑申报工作所需时间。

（三）收集信息

申报时需要提交的主要文件通常包括：交易文件（通常是具有约束力的交易文件，有些国家也可能基于意向性协议进行申报）、基本公司信息、交易所涉及的相关市场和市场分析、主要竞争者及交易方的市场份额数据、公司证照以及授权委托书等。

此外，在交易过程中，交易方通常不可避免地需要交换敏感信息，而一旦交换信息不当，可能导致一方对另一方在取得相应批准前就能够对该另一方施加决定性影响，从而有被认定为控制权已经发生变更的嫌疑，构成“抢跑”。因此，确定必要的信息范围、采取适当方式交换信息、乃至使用“清洁团队（Clean Team）”控制信息知悉范围等，都是交易团队需要注意的。

（四）交易条款与审查风险分配

交易方可以在交易文件中对经营者集中申报所带来的风险进行分配，主要体现在：

- 如果某项交易涉及采取强制申报制度的司法辖区，那么获得该等司法辖区的经营者集中审查批准必须作为交割先决条件；
- 在多大程度上由哪一方主导合并审查工作，其他各方配合提供数据和材料的义务，买方对于获取批准承担努力义务的程度等；
- 设置交割的时间表（考虑包括经营者集中审查批准在内的交割条件完成所需合理时间），以及在最终完成日仍未取得批准的情况下的权利义务（例如买方是否有权延长交易期限）；
- 如果未取得全部的经营者集中审查批准，哪些情况下买方仍可选择交割，哪些情况下一方需要向另一方支付分手费或反向分手费；
- 是否接受以及在多大程度上接受绝对责任条款（Hell or High Water），即如果监管机构要求附加资产剥离或修改交易架构等条件，交易各方是否接受以及接受的最大限度、是否设置除外条款、是否存在价格调整机制以及如何寻找第三方买家，或者监管机构明确反对交易时，双方是否有权提前撤出交易且不承担包括分手费或反向分手费在内的任何违约责任；等等。

四、小结

随着中国经济的发展，中国企业的规模持续壮大，交易体量不断增长，在海外开展投资也愈发频繁。从合规以及交易流程管理的角度来说，我们建议中国企业做好准备，在专业律师的协助下，积极主动地评估并应对各司法辖区的经营者集中申报，并充分利用交易文件等安排对风险进行防范，将交易的主动权把握在自己手中。

接下来，本系列将分多篇文章，对全球主要司法辖区的申报标准和流程做简要介绍。

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：

仕达

电话： +86 10 8525 5549

Email: da.shi@hankunlaw.com