

经营者集中申报：透视反垄断执行思路

作者：陈巍 / 翁晓健

2008年3月27日，国务院法制办对外公布了《国务院关于经营者集中申报的规定(征求意见稿)》(以下简称《意见稿》)。《意见稿》的核心内容是明确经营者集中情形中相关概念的含义，明确经营者集中的申报标准及其调整机制，同时明确申报程序及其他相关问题。《意见稿》反映了国家相关部门对于《反垄断法》的执行思路，值得研究关注。

从外资并购到经营者集中——反垄断审查制度的重大变化

我国对并购实施反垄断审查最早的法律依据之一是2003年颁布的《外国投资者并购境内企业暂行规定》(以下简称《暂行规定》)。《暂行规定》首次初步建立了外资并购反垄断审查的基本标准与程序。2006年《关于外国投资者并购境内企业的规定》(以下简称《并购规定》)取代了《暂行规定》，但其中沿用了《暂行规定》所设立的反垄断审查制度。2006年商务部公布了《外国投资者并购境内企业反垄断申报指南》(以下简称《申报指南》)，对《并购规定》所涉及的反垄断申报的若干具体问题提供指引。在此基础上，2007年商务部进一步更新并完善了反垄断申报指南。在《反垄断法》实施之前，《并购规定》和《申报指南》是目前外资并购反垄断审查的主要依据。

If you would like an English version of this publication, please contact:

Lily Han: (86 21) 6881 8100 - 6609
Publication@linksllaw.com

如您需要了解我们的出版物，请与下列人员联系：

韩东红: (86 21) 6881 8100 - 6609
Publication@linksllaw.com

通力律师事务所
www.linksllaw.com

我国《反垄断法》即将于2008年8月实施。此次公布的《意见稿》初步反映了管理层对《反垄断法》涉及经营者集中控制内容所作出的更加具体的诠释。比较此前的《并购规定》与《反垄断法》及《意见稿》的相关内容，可以看出我国在并购领域的反垄断审查制度即将面临着以下重大的变化：

- **反垄断审查的适用范围的显著变化：**《反垄断法》与《意见稿》已经不再对并购人的内外资身份进行区分，意味着并购反垄断审查从外资并购领域扩展到内外资统一的全面实施阶段。

经营者集中申报：透视反垄断执行思路

- **反垄断审查对象的重大调整：**《并购规定》中反垄断审查的对象为达到审查标准的股权并购或资产并购，无论收购方是否取得目标公司的控制权。与此不同，《反垄断法》与《意见稿》所采用的“经营者集中”强调的是经营者以合并、资产或股权收购或者其他协议方式取得对其他经营者的实质控制权，而不涉及控制权变动的并购活动将不属于审查对象之列。
- **反垄断申报标准的重大变动：**《并购规定》分别为境内并购和境外并购设置了不同的申报标准，标准的侧重点在于中国市场营销额、相关企业个数、并购前后的市场占有率以及职能部门的实质判断等方面。《意见稿》则从全球营业额、中国境内营业额、相关市场占有率及职能部门的实质判断等方面设置了申报标准，其侧重点以及具体的数量标准与《并购规定》都有显著不同。同时《意见稿》并未就境外交易设置特定申报标准，其究竟意味着不再适用于境外交易，还是境内与境外交易统一适用，尚需由相关部门进一步澄清。
- **审查豁免标准的重大变更。**《并购规定》规定了四项可以申请审查豁免的情形，包括改善市场竞争条件、亏损企业重组并保障就业、引进先进技术和人才、改善环境等。该四类豁免情形在《反垄断法》与《意见稿》中均未被采纳。相反，《反垄断法》与《意见稿》仅规定参与集中的经营者之间通过拥有其他每个经营者百分之五十以上有表决权的股份或者资产而具备控制关系，或者处于共同控制之下的情形时始得豁免。
- **申报程序进一步完善。**《反垄断法》与《意见稿》一方面吸收了《并购规定》及《申报指南》关于反垄断申报程序的部分经验，包括主要申报文件、预沟通制度等等，另一方面对反垄断申报程序进一步予以完善。例如明确将审查程序分为初步审查与进一步审查两个阶段，明确经营者申报后续发生变化的处理程序、保密资料的处理程序等。
- **法律后果进一步明确。**作为一项部门规章，《并购规定》并未规定当事人违反反垄断申报程序或者反垄断法则所可能导致的法律后果。而《反垄断法》及《意见稿》规定，对于违法实施集中的经营者，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、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，以及处于行政罚款等法律后果。

《意见稿》评析及商榷

在《反垄断法》的颁布以前，我国并购领域的反垄断审查由于缺乏法律层面的支持，因而在规则与实践本身均有诸多空缺或不明确之处。《反垄断法》的颁布改变了上位法缺失的局面，为我国反垄断制度构建了整体蓝图。但是，《反垄断法》本身更侧重于原则性规定，其实际执行效果将取决于国务院、反垄断委员会通过颁布细则予以进一步澄清与明确，也取决于反垄断执法机构实际操作中对于相关规定的具体把握。从此种意义上，作为《反垄断法》的相关细则，具体、明晰应当是《意见稿》的首要因素。

经营者集中申报：透视反垄断执行思路

《意见稿》首先澄清了《反垄断法》中关于“取得其他经营者的控制权”和“对其他经营者施加决定性影响”的定义。前者包括取得其他经营者 50% 以上有表决权的股份或者资产、成为其他经营者第一大有表决权的股份或者资产的持有者、可以实际支配其他经营者的多数表决权、能够决定其他经营者董事会半数以上成员的选任，以及国务院反垄断执法机构认定的其他情形。后者是指能够对其他经营者的生产、经营决策施加决定性影响。总体而言，本定义为实际操作提供了较为明晰的指引。但在个别细节上，仍值得进一步商榷，例如“成为其他经营者第一大有表决权的股份或者资产的持有者”的表述在准确性与具体含义上均值得进一步推敲。

《意见稿》提出了与以往反垄断申报有重大差异的标准，规定除了在中国境内相关市场的占有率达到相应标准外，参与集中的所有经营者在全球范围内的营业额以及在中国境内的营业额超过相应数额的，应当予以申报。由于《意见稿》的相关细节仍未予以明确，因而可能给实际操作带来新的疑问。例如，在计算经营者营业额时，是仅计算经营者本身的营业额，还是经营者合并报表的营业额，亦或经营者全部关联方的营业额的总和？又如，上述营业额是仅限于经营者在相关市场中的营业额，还是包括与相关市场无关的经营者的营业额？再如，所谓相关市场(包括地域市场与产品市场)应当如何界定等等。此类问题，均需要相关部门进一步予以明确，以免在实践中引起不必要的争议。

《意见稿》对于《反垄断法》中关于经营者集中申报的程序作了补充与完善，对于实践操作具有积极意义。尤其值得关注的是，《意见稿》明确强调建立快速初步审查机制，对于明显不会排除或限制竞争的经营集中尽快做出决定。可以预见这一原则将对现实经济生活中的并购活动产生积极的影响。

经营者集中申报：透视反垄断执行思路

如需进一步信息，请联系：

上海	北京
韩炯 电话: (86 21) 6881 8100 - 6618 Christophe.Han@linkslaw.com	陈巍 电话: (86 10) 6655 5050 - 1022 Way.Chen@linkslaw.com
陈臻 电话: (86 21) 6881 8100 - 6613 Grant.Chen@linkslaw.com	

本文发表于《中国法律透视》2008年5月刊。