

当前外资并购中国企业的反垄断实践

一. 中国外资并购中反垄断立法的现状

2006年6月7日, 国务院原则通过了《中华人民共和国反垄断法(草案)》(以下简称“反垄断法(草案)”), 但该草案尚需全国人大常委会审议。截至目前, 历经多年讨论的《反垄断法》能否在明年出台仍然存有悬念, 可以说我国到目前为止仍未形成系统、完整的反垄断监管体系。

我国对外资并购涉及的反垄断管理措施主要体现在2006年8月8日商务部等六部委联合发布的《关于外国投资者并购境内企业的规定》(以下简称“并购规定”)。该并购规定沿用了2003年《外国投资者并购境内企业暂行规定》(以下简称“暂行规定”)中针对外国投资者并购境内企业活动所创设的反垄断审查机制。

并购规定通过四项条款对外资并购的反垄断审查作了原则性的规定, 其中第51条规定了境内外资并购涉嫌垄断的申报制度, 第52条规定了商务部和国家工商行政管理总局的审查程序和期限, 第53条规定了境外并购涉嫌垄断的申报制度, 第54条规定了涉嫌垄断的审查豁免制度。

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

Fei Chen: (86 21) 6881 8100 - 6623
Publication@llinkslaw.com

如您需要了解我们的出版物, 请与下列人员联系:

陈菲: (86 21) 6881 8100 - 6623
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

根据并购规定, 当外国投资者并购境内企业有下列情形(以下简称“涉嫌垄断情形”)之一的, 投资者应就所涉情形向商务部和国家工商行政管理总局(以下合称“审查机关”)报告:

- (1) 并购一方当事人当年在中国市场营业额超过 15 亿元人民币;
- (2) 1 年内并购国内关联行业的企业累计超过 10 个;
- (3) 并购一方当事人在中国的市场占有率已经达到 20%;
- (4) 并购导致并购一方当事人在中国的市场占有率达到 25%。

当前外资并购中国企业的反垄断实践

此外，虽未达到前款所述条件，但是应有竞争关系的境内企业、有关职能部门或者行业协会的请求，商务部或国家工商行政管理总局认为外国投资者并购涉及市场份额巨大，或者存在其他严重影响市场竞争等重要因素的，也可以要求外国投资者作出报告(以下简称“酌定报告情形”)。

并购规定同时规定对于并购符合下列情况之一的，并购一方当事人可以向商务部和国家工商行政管理总局申请审查豁免：

- (1) 可以改善市场公平竞争条件的；
- (2) 重组亏损企业并保障就业的；
- (3) 引进先进技术和管理人才并能提高企业国际竞争力的；
- (4) 可以改善环境的。

二. 外资并购中反垄断的申报及审查程序

如果外资并购触及涉嫌垄断情形或出现酌定报告情形的，投资者应当在并购协议签订后向商务部条约法律司竞争法律处(反垄断调查办公室)等主管部门提交反垄断审查报告。

根据商务部条法司于 2006 年 4 月 20 日公布的《关于外国投资者并购境内企业反垄断审查报告的指南》(以下简称“报告指南”)，并购反垄断审查期间为 30 个工作日，自审查机关收到完整报告材料之日起计算。30 个工作日过后，申报当事人没有接到进一步通知的，视为通过审查。如申报当事人接到通知，则申报当事人须按照通知要求向审查机关进一步提供资料或说明情况，审查期间将视具体情况延长。

如果商务部和国家工商行政管理总局认为并购可能造成过度集中、妨害正当竞争、损害消费者利益的，应自收到规定报送的全部文件之日起 90 日内，共同或经协商单独召集有关部门、机构、企业以及其他利害关系方举行听证会，并依法决定批准或不批准。

三. 反垄断调查中的重点问题

1. 相关市场的认定方法、标准及证明

在反垄断审查中，市场份额的大小首先取决于相关市场的界定，因此，准确界定相关市场对其能否通过审查有着重要甚至决定性的意义。既然意义重大，为何并购规定却没有对相关市场进行界定，也未明确说明在不同个案中进行相关市场的界定方法？我们理解这并非并购规定的疏忽：在更高级别的法律——反垄断法尚未出台之际，解决极为复杂的市场界定问题仍需要更多的经验积累，过早进行简单、武断的定义并不是最佳选择。

相应的，也正因为相关市场的界定并没有明确的法律可以依赖，所以并购当事方在处理这一关键问题时应当力求逻辑上的合理性以及结论的客观公正性。实务中，相关市场在不同的案例中可以从不同方面进行界定，其中尤以按相关地域和相关产品进行市场界定为多见。

当前外资并购中国企业的反垄断实践

1.1 地域市场

并购双方在界定以及证明相关市场时，首先可以考虑地区之间的差异。实务中，国家的外贸政策、现存的进口关税、地区之间的法律差异、进入一个国家或者地区销售所需要的条件以及销售设施、语言等，都可以作为差异因素以区分地域市场。当然，产品的运输费用、消费者的消费习惯和喜好也是决定地域市场划分的相关因素。例如，我们理解，对于大部分通用产品而言，整个中国大陆地区可能被视为相关市场，而当某种产品(比如水泥等)利润率较低而运输成本又较高时，则相关市场也可能被限定在中国的某一特定地区。

1.2 产品市场

相关产品市场的界定主要从产品的性质、价格和用途等方面来考量。如果消费者认为一个市场中的相关产品或服务都是可交换或可替代的，那么，该市场就可能被认定为相关产品市场。因此在界定相关产品市场时，产品或服务的可替代性是关键所在。例如，当某鞋类生产企业的产品既有男鞋又有女鞋时，由于男鞋、女鞋在一般情况下不具有可替代性，因此该企业的产品可能被认为涉及两个独立的产品市场(即男鞋市场和女鞋市场)。

产品需求的可替代性可以从产品的物理特征、技术特性、价格、消费者需求、供应商供给能力等几方面进行考察。

关于产品供给的可替代性，则可以关注以下几方面的因素：如生产技术转换的可能性、生产转换时间的长短、生产所需材料取得的难易程度、生产转换需要投入的资金以及潜在供应商进入市场可能生产产品的数量等。

1.3 关于相关市场及市场份额的论证

论证相关市场需要大量的调研及数据支持。根据我们的经验，这些数据可以从权威机构公布的信息中取得，也可通过调查分销渠道、对专家和竞争对手进行访谈、与生产商交流、对消费者进行调研等方法获得。这些数据应该尽可能准确、完整且可信，因此，在财务顾问、律师等相关专业机构帮助下搜集数据将有所裨益。由于数据的可信度很大程度上取决于数据的来源渠道，通常情况下，应优先选取独立权威机构所统计的数据。此外，企业的历史资料、同行业企业的公开资料也可视情况作为数据的来源。例如，企业关于某产品因为涨价而导致相关产品销售额变动的历史数据可用来证明相关产品的可替代性。

在界定相关市场的基础上，需要分别计算并购各方在相关市场中所占的市场份额。根据我们的经验，实务中的常见问题是缺乏权威部门的统计数据，或者权威部门的统计数据往往只涉及局部地域市场或局部产品市场。在此情况下，有必要另外寻找可靠的数据来源，或者以适当的方法对权威部门的现有数据进行合理的调整。我们理解，在上述数据修正的过程中，有必要将数据修正方法与推导过程予以详细说明，以便审查机关审验。

当前外资并购中国企业的反垄断实践

2. 技术情况

根据我们的经验，反垄断审查中审查机关对于技术问题的关注主要体现在两方面：一方面，并购规定明确指出引进先进技术并且提高国际竞争力可以成为审查豁免的一项理由；另一方面，在反垄断审查过程中审查机关同时关注并购行为是否导致相关市场产生技术垄断，或者是否抬高相关市场的技术门槛，从而对市场竞争造成不利影响。并购当事人有时需要慎重考虑如何在两个问题间进行合理平衡。

3. 并购对市场的影响

3.1 并购对市场竞争状况的影响

根据反垄断法(草案)以及并购规定，我们理解，对于并购行为，审查机关所关注的焦点之一是并购是否导致市场过度集中。按照我们的经验，审查机关可能会通过审查并购是否会阻碍市场内部竞争，并购是否会给进入该市场的潜在竞争者造成较高的壁垒等问题来决定该并购行为是否将构成垄断。

3.2 并购对消费者的影响

保护消费者利益是反垄断法的立法目的之一。并购行为是否最终损害消费者利益是审查机关所关注的内容。根据我们的经验，为论证并购对消费者的影响，可以从并购交易对相关产品之种类、品质、价格、服务等所产生影响的角度加以详细分析。

3.3 并购对社会的影响

根据并购规定，如果并购能够重组亏损企业并保障就业，或者可以改善环境的，投资者可以申请审查豁免。

3.4 并购的经济合理性

根据报告指南，申报人应当对并购交易的经济合理性作出说明。根据经验，我们理解审查机关所关心的是外资并购会否对中国市场造成不利影响，民族工业是否会被限制而无法与外资企业公平竞争，民族品牌是否会丧失。如果确有证据可以向审查机关证明，通过并购，能够提高国内企业国际竞争力、引进高新技术及管理经验、造福于消费者，那么并购行为可能更容易被审查机关所接受。

当前外资并购中国企业的反垄断实践

如需进一步信息，请联系：

上海	北京
俞卫锋 电话: (86 21) 6881 8100 - 6635 David.Yu@llinkslaw.com	韩炯 电话: (86 10) 6655 5050 - 1022 Christophe.Han@llinkslaw.com
陈臻 电话: (86 21) 6881 8100 - 6613 Grant.Chen@llinkslaw.com	秦悦民 电话: (86 10) 6655 5050 - 1024 Charles.Qin@llinkslaw.com
陈巍 电话: (86 21) 6881 8100 - 6610 Way.Chen@llinkslaw.com	

© 通力律师事务所 2006