



公司并购法律评述
2017 年 9 月

上海
上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 和 16 楼
邮编：200120
电话：+86 21 3135 8666
传真：+86 21 3135 8600

Shanghai
19F&16F, ONE LUJIAZUI
68 Yin Cheng Road Middle
Shanghai 200120 P.R.China
Tel: +86 21 3135 8666
Fax: +86 21 3135 8600

北京
北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
邮编：100005
电话：+86 10 8519 2266
传真：+86 10 8519 2929

Beijing
4F, China Resources Building
8 Jianguomenbei Avenue
Beijing 100005 P.R.China
Tel: +86 10 8519 2266
Fax: +86 10 8519 2929

香港
香港中环花园道 3 号
中国工商银行大厦 15 楼
电话：+852 2969 5300
传真：+852 2997 3385

Hong Kong
15F, ICBC Tower
3 Garden Road, Central
Hong Kong
Tel: +852 2969 5300
Fax: +852 2997 3385

www.llinkslaw.com

master@llinkslaw.com

简析《经营者集中审查办法(修订草案征求意见稿)》

作者：钱大立 | 黄凯

《公开募集开放式证券投资基金流动性风险管理规定》2017 年 9 月 8 日，中国商务部发布《经营者集中审查办法(修订草案征求意见稿)》(“《审查办法》(修订草案)”)，就中国经营者集中申报和审查工作进行规范和完善。该办法生效后，将替代现行的《经营者集中申报办法》(中华人民共和国商务部令 2009 年第 11 号)(“《申报办法》”)及《经营者集中审查办法》(中华人民共和国商务部令 2009 年第 12 号)(“《审查办法(2009)》”)。

经对比本次《审查办法(修订草案)》与此前《申报办法》及《审查办法(2009)》的规定，并结合商务部反垄断局于 2014 年公布的《关于经营者集中申报的指导意见》(“《指导意见》”)，笔者认为《审查办法(修订草案)》有如下几点值得关注：

一、《审查办法(修订草案)》明确“新设合营企业”属于“经营者集中”情形

根据《中华人民共和国反垄断法》(“《反垄断法》”)的规定，经营者集中情形包括三种：经营者合并；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；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。尽管《反

如您需要了解我们的出版物，请与
下列人员联系：

郭建良: (86 21) 3135 8756
Publication@llinkslaw.com

通力律师事务所
www.llinkslaw.com

免责声明：本出版物仅代表作者本人观点，不代表通力律师事务所的法律意见或建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

关于实施基金流动性风险管理新规法律工作的建议与思考

《反垄断法》未明确新设合营企业是否属于经营者集中，但截至 2017 年 8 月，商务部审查的新设合营企业案件约占总申报数的三成。

商务部反垄断局在《指导意见》和经营者集中案件申报表中都曾提到，共同控制下的新设合营企业构成经营者集中。但这两项文件都不是部门规章，法律层级较低。为此，《审查办法(修订草案)》明确将新设合营企业纳入经营者集中情形，并规定“经营者新设合营企业，设立后两个以上经营者共同控制该合营企业的，构成经营者集中”。

二、取得控制权的情形及判断依据

经营者的控制权结构是否发生了变化，决定了一项交易是否构成“经营者集中”。然而，《反垄断法》和现行《申报办法》及《审查办法(2009)》均未规定“控制权”的定义。商务部反垄断局在《指导意见》中提到，经营者集中所指的控制权，包括单独控制权和共同控制权。判断经营者是否通过交易取得控制权需考虑大量法律和事实因素，通常包括但不限于交易的目的和未来的计划、交易前后其他经营者的股权结构及变化、其他经营者股东大会的表决事项及其表决机制，以及其既往出席率和表决情况。

《审查办法(修订草案)》特别提到了对控制权结构变化的判断依据。根据《审查办法(修订草案)》，经营者是否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，应以交易协议和经营者章程等法律文件为主要依据，综合考虑交易目的和交易后的经营计划、交易前后经营者的股权结构及其变化、经营者股东会或股东大会表决事项及表决机制等因素判断。

此外，《审查办法(修订草案)》沿用《指导意见》的思路，列举了判断是否取得控制权的考量因素，有助于交易各方参考预判一项交易是否构成“经营者集中”，是否触发申报义务。

三、明确参与集中的“经营者”的概念

要判断一项交易是否构成“经营者集中”，以及经营者的营业额是否达到申报标准，首先要明确交易所涉及的哪些主体会被认定为《反垄断法》下规定的“经营者”。然而，由于《申报办法》和《审查办法(2009)》没有明确认定“经营者”的规定，实践中会对交易各方判断反垄断申报带来一定困惑。例如，在某些共同控制结构中，一些并不直接参与交易的企业，虽然有可能被认定为参与集中的经营者，但是因为经营者的规定不明，导致在前期反垄断申报中可能会被各方忽略。

关于实施基金流动性风险管理新规法律工作的建议与思考

《审查办法(修订草案)》填补了经营者认定办法的空缺,对参与集中的“经营者”的认定进行了详细规定。《审查办法(修订草案)》规定了在经营者合并、取得对其他经营者的单独控制、取得对其他经营者组成部分的单独控制、新设合营企业、经营者取得对其他既存经营者的共同控制的五种情形下经营者的认定标准。这些认定标准与欧盟的相关立法¹思路非常接近,符合反垄断法的全球化潮流。

四、进一步明确“部分收购”也可能构成经营者集中

商务部反垄断局所公布的申报案件大多数是股权类并购交易,涉及资产或业务收购的交易仅为少数。许多经营者没有意识到,在并购交易中,“经营者集中”不仅仅适用于股权和资产收购。如果一个经营者收购另一个经营者的业务、权利等组成部分时,也有可能构成一项“经营者集中”行为。

《审查办法(修订草案)》进一步明确规定,经营者取得其他经营者能够在市场上经营且产生营业额的财产、业务、权利等组成部分,亦属于经营者集中情形。这种“业务”或“权利”可以是品牌或许可权,但应当具有明确可归结到经营者的营业额。事实上,“部分收购”被认定为经营者集中的情况在欧盟反垄断法的立法和实践中都已有例可循²。

五、细化“营业额”的计算标准

营业额计算是判断一项“经营者集中”行为是否达到申报标准的重点和难点。《审查办法(修订草案)》对于营业额计算作了进一步规定,明确营业额计算指“参与集中的经营者”而非“相关经营者”的营业额,明确营业额计算时所适用的“会计年度”是指“集中协议签署时”的上一会计年度的营业额。此外,在计算一个经营者合并的关联方营业额时,申报时不再具有控制权或者不能施加决定性影响的关联方的营业额不再计算在内。

正如霍姆斯大法官的名言,法律的生命不在于逻辑,而在于经验。《审查办法(修订草案)》总结了商务部反垄断局多年经营者集中审查工作的重要经验,并借鉴了欧盟等司法管辖区域的立法和案例,对于未来中国的经营者集中申报和审查具有深远影响。

关于实施基金流动性风险管理新规法律工作的建议与思考

如需进一步信息，请联系：

作 者	
钱大立 电话: (86 21) 3135 8676 dali.qian@llinkslaw.com	黄 凯 电话: (86 21) 3135 8751 kevin.huang@llinkslaw.com
上海	
俞卫锋 电话: (86 21) 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	刘贇春 电话: (86 21) 3135 8678 bernie.liu@llinkslaw.com
余 铭 电话: (86 21) 3135 8770 selenashe@llinkslaw.com	娄斐弘 电话: (86 21) 3135 8783 nicholas.lou@llinkslaw.com
钱大立 电话: (86 21) 3135 8676 dali.qian@llinkslaw.com	孔焕志 电话: (86 21) 3135 8777 kenneth.kong@llinkslaw.com
吴 炜 电话: (86 21) 6043 3711 david.wu@llinkslaw.com	潘永建 电话: (86 21) 3135 8701 david.pan@llinkslaw.com
姜 琳 电话: (86 21) 6043 3710 elyn.jiang@llinkslaw.com	
北京	
俞卫锋 电话: (86 10) 8519 2266 david.yu@llinkslaw.com	刘贇春 电话: (86 10) 8519 2266 bernie.liu@llinkslaw.com
杨玉华 电话: (86 10) 8519 1606 yuhua.yang@llinkslaw.com	
香港(与张慧雯律师事务所有限法律责任合伙联营)	
俞卫锋 电话: (86 21) 3135 8686 david.yu@llinkslaw.com	吕 红 电话: (86 21) 3135 8776 sandra.lu@llinkslaw.com

© 通力律师事务所 2017

¹ 参见欧盟委员会《根据关于控制企业集中的共同体第 4064 / 89 号理事会条例制定关于“相关企业”概念的通知》。

² 参见欧盟委员会《根据有关控制企业集中的共同体第 4064/89 号理事会条例制定关于集中概念的委员会通知》和 Case No. IV/M.286 - Zuerich/MMI