

《经营者集中审查暂行规定》要点解读

作者：潘永建 | 朱晓阳 | 贾梦琳

2020 年 10 月 27 日，国家市场监督管理总局(下称“市场监管总局”)发布《经营者集中审查暂行规定》(下称“《规定》”),《规定》将自 2020 年 12 月 1 日起施行。

根据市场监管总局发布的政策解读¹, 经营者集中反垄断审查制度是《反垄断法》的重要组成部分。《反垄断法》实施以来, 经营者集中审查制度不断完善, 国务院制定了《关于经营者集中申报标准的规定》这部行政法规, 反垄断执法机构制定了《经营者集中申报办法》《经营者集中审查办法》《金融业经营者集中申报营业额计算办法》《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》等 5 部部门规章、《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》《关于经营者集中简易案件适用标准的暂行规定》等 8 件规范性文件、《经营者集中案件审查工作规则》等 10 件内部工作规则和 28 件专用文书, 我国经营者集中反垄断审查制度已形成较为完备的法律规则体系。然而, 为解决现行经营者集中反垄断审查法律规定较为分散、部分条款不能适应工作需要或者需与其他相关规定加强衔接的问题, 有必要在总结执法经验、梳理整合现有规章制度的基础上, 制定《规定》, 构建更加科学系统完备的制度框架, 为健全经营者集中反垄断审查制度提供保障。

本文旨在对《规定》的要点进行解读, 方便企业客户参考。

一. 明确市场监管总局可以委托省级市场监管部门实施审查

在 2020 年 1 月征求意见阶段, 《规定》曾提出“国家市场监督管理总局根据工作需要, 可以委托省级市场监管部门为经营者集中反垄断审查提供协助, 或者协助调查本地区

.....
如您需要了解我们的出版物,
请联系:

Publication@llinkslaw.com

¹ 见 http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/xwxc/202010/t20201027_322667.html。

内的违法实施经营者集中”。根据正式公布的《规定》，该条修改为“市场监管总局根据工作需要，可以委托省、自治区、直辖市市场监管部门实施经营者集中审查”。这意味着企业未来可能能够向所在省或就近省份的省级市场监管部门提交经营者集中申报并配合完成审查，对于企业而言将明显节约交易成本，并提升操作便捷性。

值得关注的是，2020年9月，上海市市场监管局已率先发布上海临港新片区开展强化竞争政策实施试点11条措施，其中明确提到“试点由上海对符合简易程序条件的经营者集中开展反垄断审查，推进申报便利化。对集成电路、人工智能、生物医药、航空航天、新能源汽车、高端智能装备等战略性新兴产业中发生的经营者集中，进一步简化审查程序，压缩审查时限，支持依法做大做强”。对此，我们拭目以待相关政策落地。

二. 强调平等对待所有经营者

《规定》明确“市场监管总局开展经营者集中反垄断审查工作时，应当平等对待所有经营者”。过往实践中，中国的反垄断执法被质疑存在“选择性执法”和通过反垄断来实现贸易保护和投资保护的问题。这一新增规定与《禁止垄断协议暂行规定》《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》两部反垄断部门规章保持一致，重申和体现了对待内资和外资、国有与民营、大公司与中小企业一视同仁的执法原则，有利于消除外界误解，增进执法机构与各方互信，完善各类市场主体公平竞争的法治环境。

三. 进一步明确重要实体性判断标准

为提高法律确定性，《规定》适应实践需要，总结执法经验，进一步明确经营者集中审查制度中较为重要的实体性判断标准，主要包括：

1. “控制权”判断因素

经营者是否取得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，是判断一项交易是否构成经营者集中的关键标准。相较于征求意见稿，《规定》纳入《关于经营者集中申报的指导意见》中关于控制权判断的考虑因素，未有新变化，并删去有关控制权形式和状态的描述，这可能是考虑到与修订后的《反垄断法》相衔接。根据2020年1月公布的《反垄断法》修订草案第二十三条，控制权是指经营者直接或者间接，单独或者共同对其他经营者的生产经营活动或者其他重大决策具有或者可能具有决定性影响的权利或者实际状态。

企业仍应注意，《反垄断法》下的控制权与公司法或者证券法下的控制在内涵和外延上均有不同，反垄断执法机构对于实践中控制权的情形和形式也已积累丰富的执法经验，对于控制权的判断需要结合不同交易的实际情况进行综合分析和考虑。

2. 营业额计算标准

值得提醒各企业的是，参与集中经营者的营业额应为控制体系内实体的营业额加总，而非限于直接参与集中的单个经营者。《规定》对于营业额计算标准予以整合和优化，未沿用以往通过列

举五类经营者的方式，而是直接表述为“参与集中的经营者的营业额，应当为该经营者以及申报时与该经营者存在直接或者间接控制关系的所有经营者的营业额总和，但是不包括上述经营者之间的营业额。经营者取得其他经营者的组成部分时，出让方不再对该组成部分拥有控制权或者不能施加决定性影响的，目标经营者的营业额仅包括该组成部分的营业额”。

3. 评估竞争影响的考虑因素

《规定》对应《反垄断法》第二十七条列举的审查经营者集中应当考虑的六项因素，包括对市场控制力、市场集中度、市场进入、技术进步、消费者福利、国民经济发展等考虑因素逐一进行细化。相较于征求意见稿，《规定》在表述上更为精简，仅点明评估要素，而未保留对相关考察思路、方式、情形的具体澄清。同时，市场监管总局的政策解读指出，《规定》第二十六条至第三十条各条中详细列举了可以用于评估的具体内容，但在审查实践中并不是必须评估每条中的所有内容，而是需要根据个案实际情况确定。

四. 完善附加限制性条件案件的配套规定

对于可能限制、排除竞争的经营者集中，反垄断审查机构往往会要求对该类集中附加限制性条件。商务部 2015 年发布的《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》涵盖限制性条件的确定、实施、监督、变更和解除以及法律责任等方面。《规定》对相关内容进行了重新梳理和整合，主要有以下新变化：

1. 经营者可在承诺方案中提出特定买方和剥离时间建议

通常，经营者在收到附条件批准决定后便可实施集中，并按审查决定执行限制性条件。但是，在承诺方案为剥离的情况下，如遇剥离存在较大困难、风险，或者买方身份对能否达到救济效果具有重要影响等特殊情形，可能需要将确定买方、签订剥离业务出让协议或者实施剥离等步骤前置。欧美司法辖区的立法和执法实践中也有“买方先行”(upfront buyer)和“先行修正”(fix-it-first)等类似制度。结合我国的执法实践，《规定》第三十四条整合完善了《关于经营者集中附加限制性条件的规定(试行)》第十四条有关“交割前剥离”的条款，作出原则性规定：“承诺方案为剥离，但存在下列情形之一的，参与集中的经营者可以在承诺方案中提出特定买方和剥离时间建议：(一)剥离存在较大困难；(二)剥离前维持剥离业务的竞争性和可销售性存在较大风险；(三)买方身份对剥离业务能否恢复市场竞争具有重要影响；(四)市场监管总局认为有必要的其他情形。”

2. 完善对受托人的规定

在限制性条件的监督和执行章节，《规定》指出，“市场监管总局可以自行或者通过受托人对义务人履行限制性条件的行为进行监督检查”。由于执法资源有限，委任受托人是附加限制性条件案件最主要的监督执行方式。截至 2020 年 8 月，市场监管总局附加限制性条件批准的 48 起案件中有 40 起委任了受托人。在受托人应满足的要求方面，《规定》新增“过去五年未在担任受托人过程中受到处罚”，并明确“受托人应当勤勉、尽职地履行职责”。在受托人的法律责任方

面，除规定“受托人未按要求履行职责的，由市场监管总局责令改正”，《规定》进一步新增“情节严重的，可以要求义务人更换受托人，并对受托人处三万元以下的罚款”。

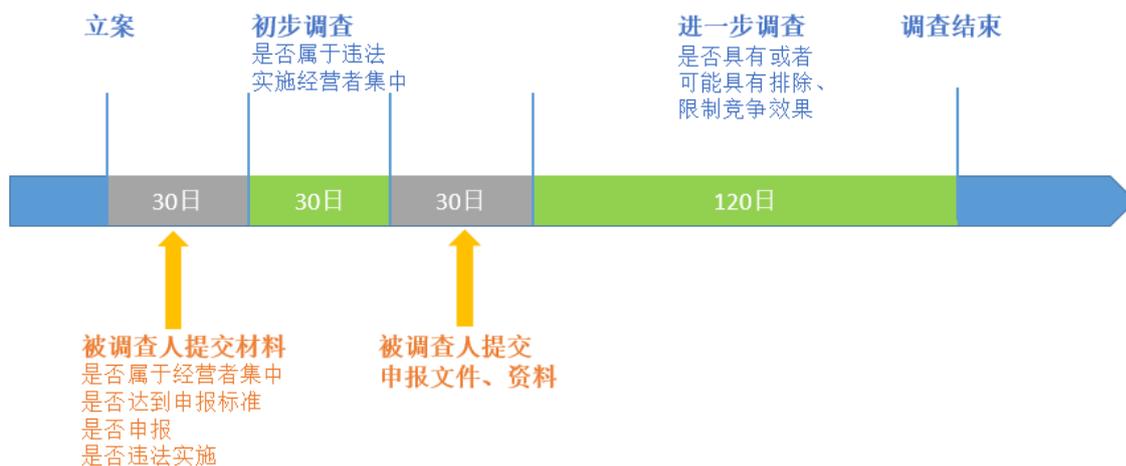
3. 明确限制性条件的期限

《规定》第四十六条明确指出，“审查决定应当规定附加限制性条件的期限”。并且，第四十六条对于解除限制性条件的四类情形分别作出规定。具体而言，期限届满自动解除和义务履行完成自动解除需经市场监管总局核查确认，相关期限还可能因义务人存在违反审查决定情形而适当延长。对于期限届满评估解除和决定生效期间变更或解除，市场监管总局需进行评估并决定是否解除，并应当将决定及时向社会公布。该等规定有利于进一步规范执法、提高程序透明度和义务人的可预期性。

五. 违法实施集中的情形和调查时限缩短

《规定》明确了违法实施经营者集中的情形，包括经营者集中达到申报标准，经营者未申报实施集中、申报后未经批准实施集中或者违反审查决定的。这可能是考虑到与修订后的《反垄断法》相衔接。

特别地，相较于《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》，《规定》对于违法实施集中案件的调查时限予以明显缩短，包括将初步调查时限由六十日缩短为三十日，将进一步调查时限由一百八十日缩短为一百二十日(参见下图标绿部分)。这一规定体现了反垄断执法机构对于违法实施集中案件的调查将大幅提高执法效率，有利于被调查企业尽早取得调查结果，尽快恢复正常生产经营。



总体而言，《规定》是我国截至目前经营者集中相关法律及实践的集大成之作。在《反垄断法》修订案正式出台前，《规定》将是各企业在经营者集中方面最权威可靠的合规指引，值得引起各企业的重视。如对《规定》或其反垄断合规问题有任何问题，欢迎大家联系本文作者进行沟通、交流。

如您希望就相关问题进一步交流, 请联系:



潘永建
+86 21 3135 8701
david.pan@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求, 请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 16/19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环皇后大道中 5 号
衡怡大厦 27 楼
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明:

本出版物仅供一般性参考, 并无意提供任何法律或其他建议。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。

© 通力律师事务所 2020