

国际化经营中国企业的境外合规问题系列（一）：浅谈投资并购交易中境外反垄断申报评估的常见误区

一、前言

对于并购及投资类交易而言，反垄断申报评估是交易合规风险评估中不可或缺的环节，其关系到交易架构的设计、合同条款的谈判、交割时间的安排以及交割后义务的分配等整个交易流程。根据中国《反垄断法》及相关法规的规定，一项交易如果构成集中且满足中国经营者集中的申报标准，则不论该交易所涉及的行业、产品以及交易方在相关市场上的市场力量如何，均需要在中国进行反垄断申报。随着新修订的《反垄断法》于2022年的颁布实施以及违法实施经营者集中的罚款幅度大幅提高，越来越多的中国企业开始重视中国境内的经营者集中审查。但是，对于国际化经营的中国企业而言，开展反垄断申报义务分析的必要性很可能不再仅仅局限于中国，而是需要扩大至全球范围。

尽管全球多数司法辖区的反垄断申报门槛与中国法的规定具有相似的原理，但也有部分司法辖区存在较为特殊的规定和分析框架。在一项交易的全球反垄断申报评估中，这些司法辖区的特殊规定很有可能会被中国企业所忽略，从而产生一定的合规风险。本文将针对全球反垄断申报评估的几个常见误区进行梳理和总结，旨在协助国内企业，特别是已经在开展国际化经营的大中型中国企业在并购投资项目中更为有效地分析和判断境外反垄断

申报义务，保障交易顺利推进和完成，降低可能涉及的反垄断合规风险。

二、反垄断申报义务概述

在并购及投资类交易中，交易方之间发生的股权和资产的转让、合营企业的设立或其他协议安排行为均有可能导致企业的控制权发生变更。由于该等交易可能导致交易方所在市场的竞争格局发生改变，从而对相关市场的竞争造成一定影响，因此，全球多数司法辖区均建立了反垄断审查制度。在并购交易满足特定标准或门槛的情况下，交易方被课以事前或事后的强制性或自愿性的反垄断申报义务（在中国也被称为经营者集中申报义务）。

以中国为例，根据现行《反垄断法》第26条，经营者集中达到国务院规定的申报标准的，经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报，未申报的不得实施集中。具体而言，中国的经营者集中申报需要满足以下两个条件：

- 一是该项交易是否构成经营者集中。根据现行《反垄断法》和相关的法律法规，经营者集中是指下列情形：（一）经营者合并；（二）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；（三）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；（四）对于新设合营企业，如果至少有两个经营者共同控制该合营企业，则构成经营者集中；如果仅有一个经营者单独控制该合营企业，其他的经营者没有控制权，则不构成经营者集中。

- 二是营业额是否达到申报标准。根据《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第3条，现有经营者集中的申报标准为：（1）参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过100亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币；或（2）参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过20亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币。

值得注意的是，中国经营者集中申报的判断仅涉及“交易是否构成集中”和“营业额是否达到申报标准”两个因素。但是，境外司法辖区的申报标准与中国境内的申报标准不尽相同，例如，部分司法辖区的申报标准不仅涉及营业额，还可能涉及资产和市场份额等等。在进行境外司法辖区经营者集中申报的评估时，如果采用中国申报标准的惯性思维来审视某项交易是否触发境外的反垄断申报义务，那么将很容易导致对“看似不需要申报”的司法辖区做出错误的判断。

三、境外反垄断申报评估的常见误区

实践中，有许多国企或央企的客户存在疑问——为什么在中国境外进行的、与中国境内并无任何关系的交易，却仍然需要做反垄断申报？例如，A公司和B公司在美国拟设立合营企业C公司以从事发电业务，且C公司由A公司和B公司共同控制，此种情形下，尽管C公司位于美国，且其未来所生产的电力客观上也不可能传输至中国境内市场，但是，根据中国的申报标准，作为参与集中的经营者，只要A公司和B公司的营业额达到申报标准，该交易

就需要向中国反垄断执法机构进行申报。类似地，发生于中国境内的并购交易也可能因部分司法辖区关于反垄断申报门槛的特殊规定，而产生在该等司法辖区进行反垄断申报的义务。特别是，部分司法辖区反垄断申报义务的触发条件与中国存在较大差异。结合以往的实践，我们将就全球反垄断分析中所遇到的常见误区进行如下梳理和介绍1。

问题1：仅一方满足特定的营业额标准不会触发反垄断申报义务？

在全球多数司法辖区（包括中国）关于反垄断申报的规定中，触发反垄断申报的条件通常需要至少两个参与交易的经营者的营业额在该司法辖区达到特定的金额标准。例如，中国的营业额标准就需要至少两个以上的参与集中的经营者的中国境内营业额超过4亿元人民币。但是，在少数司法辖区中，仅参与交易一方营业额达到特定金额标准也可能触发该司法辖区的反垄断申报义务。例如，在阿尔巴尼亚，满足如下标准之一的交易将触发反垄断申报义务：

- 所有交易方的全球营业额合计超过70亿阿尔巴尼亚列克（约合4.18亿元人民币²），且至少一个交易方在阿尔巴尼亚境内的营业额超过2亿阿尔巴尼亚列克（约合1,195万元人民币）；或
- 所有交易方的阿尔巴尼亚境内营业额合计超过4亿阿尔巴尼亚列克（约合2,391万元人民币），且至少一个交易方在阿尔巴尼亚境内的营业额超过2亿阿尔巴尼亚列克（约合1,195万元人民币）。

基于上述申报规则，在交易方合计营业额达标的情况下，即使仅交易一方的阿尔巴尼亚营业额达到2亿阿尔巴尼亚列克（而其他交易方的阿尔巴尼亚营业额均未达到该金额），该交易同样可能触发阿尔巴尼亚司法辖区的反垄断申报义务，不论其他

交易方在阿尔巴尼亚境内是否从事任何业务，或该交易是否涉及阿尔巴尼亚的实体或资产。当然，在识别出在相关司法辖区触发申报标准后，并不意味着交易必须在该等司法辖区进行申报，而是需要结合交易情况，了解是否存在豁免情形、如果不申报的法律上及实践操作中的后果、各方在相关司法辖区内的资产及业务状况等具体情况进行风险高低的判断，决定是否进行申报。

问题 2：经营者集中申报仅需考虑营业额，而无需考虑资产价值？

中国的经营者集中申报分析仅需要考虑“交易是否构成集中”和“营业额是否达到申报标准”两个因素，而无需从交易方资产价值的角度进行考量。但是，在部分司法辖区反垄断申报制度的框架下，交易方的资产价值也是评估触发反垄断申报义务的重要考虑因素之一。如交易方在相关司法辖区所持有的资产价值或通过交易取得的资产价值超过特定金额，则也可能触发反垄断申报义务。例如：

- 在科威特，如所有交易方在科威特的资产价值合计超过 250 万科威特第纳尔（约合 5,502.61 万人民币³），则交易实施前需取得执法机构的批准；
- 在越南，如任一交易方（不包括保险、证券、信贷机构）在越南境内的资产价值超过 3 万亿越南盾（约合 8.63 亿人民币⁴），则交易实施前需取得执法机构的批准；
- 在亚美尼亚，如任一交易方的资产价值（不区分是否位于亚美尼亚境内）超过 30 亿亚美尼亚德拉姆（约合 5,318 万人民币⁵），则交易实施前需取得执法机构的批准。

在上述情况下，无论交易方在相关司法辖区产生的营业额金额如何，只要交易方在该司法辖区所持有的资产价值超过申报门槛中所规定的金额，则

该交易同样可能触发该等司法辖区的申报义务。同问题 1 最后一段所述，在识别出在相关司法辖区触发申报标准后，并不意味着交易必须在该等司法辖区进行申报，而是需要在考虑各方面因素后判断不申报的风险后，决定是否进行申报。

问题 3：市场份额是反垄断申报过程中才需考虑的问题，而评估是否触发反垄断申报义务无需考虑市场份额？

如上所述，在中国反垄断申报制度的框架下，交易方在相关市场的市场力量并非评估一项交易是否需要在中国进行反垄断申报的因素。但是，在部分司法辖区，如交易方在相关市场的市场份额超过一定的比例，则无论交易方的营业额或资产情形如何，该交易也可能触发反垄断申报义务。例如：

- 在阿尔及利亚，如交易后实体将在阿尔及利亚的相关市场取得超过 40% 的市场份额，则交易实施前需取得执法机构的批准；
- 在阿塞拜疆，就合并交易，如合并后实体在相关市场的市场份额合计超过 35%，则交易实施前需取得执法机构的批准；
- 在越南，如交易方在任何越南相关市场的市场份额合计超过 20%，则交易实施前需取得执法机构的批准；
- 在哥伦比亚，如交易方在任何相关市场的市场份额合计超过 20%，则交易实施前需取得执法机构的批准；
- 在中国台湾，如交易方之一独自具有达到或超过 25% 的市场份额，或交易完成后，任何交易实体将持有达到或超过三分之一的市场份额，则该交易需要进行反垄断申报。

在上述情况下，即使交易本身并未发生在特定司法辖区，或交易方在部分司法辖区的营业额或资

产并不显著，但是，如果交易方在相关市场上的市场份额超过申报门槛中所规定的比例，则该交易同样可能触发该等司法辖区的申报义务。同问题 1 最后一段所述，在识别出在相关司法辖区触发申报标准后，并不意味着交易必须在该等司法辖区进行申报，而是需要在考虑各方面因素后判断不申报的风险后，决定是否进行申报。

问题 4：交易中的卖方没有申报义务？

根据中国《关于经营者集中申报的指导意见》第十三条，“通过合并方式实施的经营者集中，由参与合并的各方经营者申报；其他方式的经营者集中，由取得控制权的经营者申报，其他经营者予以配合”。据此，在中国经营者集中申报的制度中，合并交易中的合并方、收购交易中的收购方以及新设合营企业交易中取得控制权的合营方通常为反垄断申报的申报义务人；卖方和持有非控制性权益的少数股东等交易方虽同样参与交易，但由于其不涉及控制权变化，因此并不负有申报义务。但是，在部分司法辖区，上述不享有控制权的交易方却可能具有申报义务。例如：

- 在越南，参与交易的所有交易方（包括卖方）均负有申报义务，所有交易方均须填报申报表，并对其所填报信息的真实性和准确性负责；
- 在巴西，涉及交易的所有交易方均具有同等地位，因此所有交易方（包括卖方）均具有申报义务（但一项交易仅需提交一次申报），且任何交易方均有可能因为未进行合规申报而受到处罚。

因此，就一项发生于中国境内的交易，即使某一交易方（如卖方）在中国境内并不具有经营者集中申报义务，也无法完全排除其在中国境内产生反垄断申报义务的可能。同问题 1 最后一段所述，在识别出在相关司法辖区触发申报标准后，并不意味着交易必须在该等司法辖区进行申报，而

是需要考虑各方面因素后判断不申报的风险后，决定是否进行申报。

四、合规风险提示与建议

基于上述境外司法辖区的申报规则介绍，不难发现，如果一家中国企业在中国境内其他司法辖区具有营业额（无论是出口产品形成的营业额还是在当地设立企业进行本地经营形成的）、具有商业存在（如设有子公司）、或市场份额达到一定水平，其并购投资交易（不论发生在中国境内还是中国境外）不仅可能触发中国境内的反垄断申报义务，也有可能触发其他境外司法辖区的反垄断申报义务。如缺乏对境外司法辖区反垄断申报机制的了解，仅根据对中国反垄断申报的判断要素来分析其他司法辖区的申报义务，则很有可能会出现偏差，从而产生未履行境外司法辖区申报义务的合规风险。

值得注意的是，由于全球共计有 100 余个司法辖区建立了反垄断审查制度，在针对某项跨境合作进行全球反垄断分析时，对所有司法辖区进行逐一排查显然无法满足成本、效率和时间方面的要求。特别是，尽管多数司法辖区已经建立了反垄断申报制度，但是部分司法辖区并未针对任何未依法申报的交易进行过处罚（例如阿尔及利亚），相应的，根据目前的实践，这部分司法辖区的反垄断风险较低。因此，在开展全球反垄断分析时，建议公司先行梳理交易各方存在营业收入或资产的司法辖区，并围绕这些司法辖区的申报标准开展进一步分析，同时从商业和反垄断实际风险的角度进行综合权衡，从而以最高效的方式推动反垄断申报义务的排查。

1. 谨请注意，本文中关于境外司法辖区的规则介绍仅包括一般规则，未考虑相关司法辖区可能对于申报豁免的规定。

2. 换算汇率：1 元人民币 = 16.73 阿尔巴尼

亚列克, 来源: 中国外汇交易中心公布的 2022 年度人民币月参考汇率的平均值。

3. 换算汇率: 1 元人民币 = 0.045433 科威特第纳尔, 来源: 中国外汇交易中心公布的 2022 年度人民币月参考汇率的平均值。

4. 换算汇率: 1 元人民币 = 3475.375 越南盾, 来源: 中国外汇交易中心公布的 2022 年度人民币月参考汇率的平均值。

5. 换算汇率: 1 元人民币=56.41 亚美尼亚德拉姆, 来源: <https://chl.cn/?amd-2022-12>。

* 本文首发于《君合大合规业务月报》2023 年第五期

欢迎订阅《君合大合规业务月报》, 如需订阅本月报及君合其他业务组月报请扫描下方二维码填写订阅表单, 以便我们将相关月报及时发送给您。

魏瑛玲 合伙人 电话: 86-10-8519 1380 邮箱地址: weiy@junhe.com

董哲 律师 电话: 86-10-8553 7741 邮箱地址: dongzh@junhe.com

姚逍遥 律师 电话: 86-10-8540 8650 邮箱地址: yaoxy@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息, 敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

