

## 反垄断法热点问题

### 商务部《关于经营者集中简易案件适用标准的暂行规定（征求意见稿）》简评

2013年4月3日，商务部发布了《关于经营者集中简易案件适用标准的暂行规定（征求意见稿）》（以下简称“《征求意见稿》”），对公众征求意见。

经营者集中简易案件制度又被称为“简易程序”（Simplified Procedure）、“快速审查”或“快轨审查”（“Fast Track”）。该制度是基于经营者集中审查主管部门在审查经营者集中案件中所累积的经验，制定对于某些明显不会引起竞争问题的案件的标准，并对此类案件适用更为简化的文件要求和审查程序，以达到提高经营者集中审查程序的效率、透明度、可预见性等多重目的。

#### 1. 经营者集中简易案件制度建立的必要性

根据《中华人民共和国反垄断法》（以下简称“《反垄断法》”）的规定，经营者集中审查的最长期限可以达到 180日。即，商务部应自收到经营者提交的完整的资料和信息之日起 30日内，对申报的经营者集中进行初步审查，做出是否实施进一步审查的决定，并书面通知经营者。若商务部做出不实施进一步审查的决定，经营者可以实施集中。然而，若商务部决定实施进一步审查的，应当自决定之日起 90日内 审查完毕，做出是否禁止经营者集中的决定，并书面通知经营者。在某些特殊情况下，商务部可以延长前款规定的审查期限，但最长不得超过 60日。

我国实行事前审查的制度，即，未经商务部批准，交易各方不得实施集中。在经济生活中，时间因素对于交易而言至关重要，审查期限成为交易各方在申报过程中除竞争问题之外最为关心的问题。

自《反垄断法》于2008年8月1日施行以来，我国每年审结的案件都呈现快速增长趋势，从最初每年几十件，已经发展到每年近二百件。即，2008年16件、2009年78件、2010年109件、2011年171件。截至2012年12月26日，2012年商务部共收到经营者集中申报201件，立案186件，审结154件<sup>1</sup>。

实践中，商务部的审查中不仅包括内部审查时间，在商务部认为需要的情况下，还包括征求第三方意见的时间，取决于被征求意见方的反馈速度，征求意见程序也可能需要较长时间。

在各种因素的作用下，使我国的审查期限可能相对较长，例如，2010年的一则新闻中曾提及，我国在进入进一步审查阶段的案件比例可能会略高于美国和欧盟的同样审查的背景的案件<sup>2</sup>，而该比例还可能增长，例如，在2011年的一则新闻中提及“2011年比例比2010年还要高”<sup>3</sup>。

造成上述情况的直接原因之一是由于中国所有经营者集中案件的审查程序没

有区分简易程序和复杂程序<sup>4</sup>。

从其他国家的历史来看，对于经营者集中案件进行分类，挑选出可以简易处理的案件是经营者集中审查制度发展的必然结果。例如，欧盟委员会在执行1989年4064/89号规定<sup>5</sup>的经验基础上，于2001年发布了《委员会关于适用简易程序处理部分并购的通知》（该规定于2004年修改）<sup>6</sup>。

在此趋势下，考虑到主管部门的工作负担以及经济生活中申报方希望尽早获得批准以完成交易的迫切愿望，有关简易案件的相关规定的出台就成为众望所归。2011年时，商务部已经有2012年制定有关规定的相关计划<sup>7</sup>，经过2012年期间多次起草和讨论，本次《征求意见稿》于2013年对公众颁布确属不易，《征求意见稿》的发布和未来正式法规的出台将对于经营者集中审查程序的完善起到重要的推动作用。

#### 2. 《征求意见稿》内容简介及简评

征求意见稿主要规定了三方面内容，即简易案件的认定标准、认定标准的例外及认定的撤销，请见如下内容摘要：

| 认定  | 例外   | 撤销  |
|---|--|---|
| *同一相关市场-合并市场份额小于15%<br>*上下游市场/非上下游市场-单个市场份额均小于25%<br>*境外设立合资企业，不在中国境内从事经济活动<br>*收购不在中国境内从事经济活动境外企业<br>*多方共同控制的合营企业被其中一个或一个以上经营者控制 | * 相关市场难以界定<br>* 共同控制的合营企业转由一方股东单独控制且两者为竞争者<br>* 对市场进入、技术进步可能产生不利影响；<br>* 消费者和其他有关经营者可能产生不利影响；<br>* 对国民经济发展可能产生不利影响；<br>* 商务部认为可能对市场竞争产生不利影响的其他情形 | * 申报人隐瞒重要情况或者提供虚假材料、误导性信息；<br>* 第三方主张经营者集中具有或可能具有排除、限制竞争效果并提供相关证据；<br>* 商务部发现集中交易情况或有关市场竞争状况发生重大变化。 |

认定标准和例外情况是《征求意见稿》中最为核心的内容。认定标准采取了三项基本因素，即相关市场的市场份额、不在中国经济活动和共同控制权内部转移的标准，与欧盟等国家的通行实践大体一致。

对于市场份额标准，其优点在于标准量化，但缺点在于相关市场界定本身较为困难。相应地，配合以例外规定，即如果相关市场难以界定，则不能以市

<sup>1</sup> 请参见中央政府门户网站《商务部召开“2012年反垄断工作进展”新闻发布会》，见[http://www.gov.cn/gzdt/2012-12/30/content\\_2302199.htm](http://www.gov.cn/gzdt/2012-12/30/content_2302199.htm)，2012年12月30日访问。

<sup>2</sup> 《商务部召开反垄断工作情况专题新闻发布会》，见<http://www.antimonopolylaw.org/article/default.asp?id=1904>，2010年8月14日访问。

<sup>3</sup> 《商务部明年拟改善反垄断审查办法》，见财新网。  
<http://www.sme.gov.cn/web/assembly/action/browsePage.do?channelID=10000008&contentID=1324941348426>，2011年12月27日访问。

<sup>4</sup> 见注3。

<sup>5</sup> Council Regulation (EEC) No 4064/89

<sup>6</sup> 2001年规定名称为 Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations (2001) OJ C217/32。2005年修改的规定名称为 Commission Notice on a simplified procedure for treatment of certain concentrations under Council Regulation (EC) No 139/2004

<sup>7</sup> 见注3。

场份额认定为简易案件。对于相关市场界定的判断最终决定权应为主管部门，为了说服主管部门，在存在多种界定可能的情况下，欧盟的相关规定中要求申报方应在事前商谈阶段提供所有可能的市场界定方案。在我国实践中，申报方也可以考虑采取相应的策略，以配合商务部的审查。

市场份额标准基于集中的不同性质设定了不同的具体数额标准，集中各方处于同一相关市场（“**横向重叠**”）的交易对竞争负面影响较大，适用简易程序的标准高于其他性质的集中。此外，该标准中“不存在上下游关系的参与集中经营者”含义不明确，需进一步明确其是否对应商务部 2012 年 6 月修订的申报表中的具有“相邻市场”关系的竞争者。此外，对于集中各方之间不存在任何横向、上下游或相邻市场的关系的集中，实际上并没有受到交易影响的商品和地域市场，应当如何界定相关市场和提供市场份额也需进一步明确。

对于不在中国境内从事经济活动标准，其与《反垄断法》第 2 条所规定的“中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为，适用本法；中华人民共和国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本法。”的立法精神具有一致之处，同时也可以合理减轻境外交易双方的申报负担。但是，对于如何判断“不在中国境内从事经济活动”，还需要更加具体的判断因素，例如，是否是指不在中国生产、销售；对于尚未开始经营的新设合资企业，是否以其未来商业计划为准；如果商业计划发生变更，是否需另行申报；在双方股东向合资企业投入资产的情形之下，所投入的资产是否也应符合“在中国没有生产、销售，或不位于中国”等条件。欧盟类似标准中采取的是“微不足道”标准，即合资企业/投入合资企业的业务在欧洲经济区营业额少于 1 亿欧元以及投入合资企业总资产价值少于 1 亿欧元。

对于共同控制权内部转移标准，由多方共同控制的企业，控制权在几方之间的变更（例如，三方股东变为两方股东），合资公司的业务在交易前后实际上没有发生实质性的变化，对市场结构的影响较小，因此也成为简易程序的标准之一。但是，如果在多方股东变为一方股东，而且该一方股东与合资企业为竞争者的情况下，该变更可能对合资企业的独立性以及市场结构的影响较大，因此不适用简易程序。类似的情况可以参见商务部公布的附条件批准的嘉能可收购上市公司斯特拉塔 100% 股权的交易<sup>8</sup>。

此外，有的观点也认为相关市场的市场集中度也可以作为简易案件的认定标准。市场集中度是对相关市场的结构所作的一种描述，体现了相关市场内经营者的集中程度，通常可用赫芬达尔-赫希曼指数（“**HHI 指数**”或“**赫氏指数**”）和行业前 N 家企业联合市场份额（“**CRn 指数**”或“**行业集中度指数**”）来衡量。赫氏指数等于集中所涉相关市场中每个经营者市场份额的平方之和。行业集中度指数等于集中所涉相关市场中前 N 家经营者市场份额之和<sup>9</sup>。通

<sup>8</sup> 在该交易之前，嘉能可已经持有斯特拉塔 33.65% 的股权。尽管商务部公告中并未说明交易前嘉能可是否控制或共同控制斯特拉塔，但嘉能可持股从 33.65% 增至 100%，而且两者之间存在竞争关系，因此可以参考商务部在公告中对于此类交易、双方竞争关系和相关横向重叠市场的分析。

<sup>9</sup> 请参见《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》。

常指数数值越高，意味着相关市场内多数竞争者的份额高，此类市场中容易产生竞争问题；反之，则意味着相关市场内多数竞争者的份额不高，很难产生竞争问题。在其他司法管辖区，例如美国，采取了安全港的概念<sup>10</sup>，对于某些范围内的指数的市场，可以视为其竞争激烈，集中度低，不易产生竞争问题。市场集中度标准尽管具有具体化的优点，但其需要针对不同行业特点研究不同行业的安全港范围，也需要申报方收集大量除了自身之外其他竞争者的市场份额信息，尽管市场集中度也是我国经营者集中审查的要素之一，但此次《征求意见稿》中并未将其列为简易案件的认定标准之一。

对于认定标准的其他例外情况，即对市场进入、技术进步、消费者和其他有关经营者、国民经济发展可能产生不利影响等，其与《反垄断法》第 27 条所规定的经营者集中审查因素一致，但实践中较为缺乏具体评估标准，需要更为具体的解释。

### 3. 简易案件制度完善的建议

《征求意见稿》的出台，对于简易案件制度中最为重要的认定标准进行了规定，为简易案件制度建立了良好的开端。为完善该制度，达到制度设计的多重目的，我们也期待如下内容的出台：

- (1) 简易案件认定的程序。出于可操作性目的，某一案件是否适用简易案件是否可以通过一定的程序加以确认，例如，是否与现有的事前商谈制度结合，是否设定相应的认定简易案件的审查时间，是否设定相应的文件要求等。
- (2) 简易案件适用的文件要求。出于减轻申报和审查双方工作负担的目的，简易案件是否适用简化的文件要求，而不是仍需按照现有申报表提供全部文件。
- (3) 简易案件的审查程序。出于减轻审查方工作负担的目的，简易案件是否适用简化的程序（例如，简化对外征求意见程序）、减少审查人员配置等。
- (4) 简易案件的审查时限。出于提高透明度和预见性的目的，简易案件是否适用确定的审查时限，例如，在初步审查阶段完成审查等。
- (5) 简易案件认定后的合理保障制度。主管部门享有依法撤销已认定简易案件，按照普通案件审查的权力，但是这种情况将导致比一开始就按照普通案件审查更多的时间成本，影响申报方对于交易时间的预估，并可能导致申报方对于简易案件认定缺少信赖感。因此，出于提高制度稳定性的目的，简易案件认定后是否可以设置合理的保障制度，例如，一定的时间期限之后的简易案件认定将不会被撤销等。

<sup>10</sup> 美国 2010 年发布的修订后的《横向并购指南》(Horizontal Merger Guidelines)，对于 1992 年的《横向并购指南》中的衡量市场竞争状况的 HHI 指数进行了修改，其中 HHI 指数低于 1500 为不集中的市场 (unconcentrated market)，不太可能引起反竞争效果，通常无需进一步分析。交易后，HHI 增量低于 100 的情形，不太可能引起反竞争效果，通常无需进一步分析。

李晓阳 合伙人 Tel: 8610 8519 1298 Email: lixy@junhe.com  
官晓姝 律师 Tel: 8610 8519 2778 Email: guanxsh@junhe.com