

反垄断法热点问题

商务部发布《关于经营者集中附加限制性条件的规定（征求意见稿）》

商务部于2013年3月27日发布《关于经营者集中附加限制性条件的规定（征求意见稿）》（以下简称“《征求意见稿》”），向社会公开征求意见。

一、《征求意见稿》主要内容

《征求意见稿》旨在规范经营者集中附加限制性条件的确定、实施及监督，以减少集中对竞争产生的不利影响。限制性条件是指商务部批准集中时，申报方提出并经商务部认可的减少集中对竞争产生的不利影响的解决方案。

《征求意见稿》第五条将限制性条件归纳为三种：一是结构性条件，即剥离参与集中的经营者的有形资产、知识产权或相关权益等；二是行为性条件，即参与集中的经营者开放其网络或平台等基础设施、许可关键技术（包括专利、专有技术或其他知识产权）、终止排他性协议等；三是结构性条件和行为性条件相结合的综合性条件。

就限制性条件的确定而言，《征求意见稿》规定，针对商务部提出的集中具有或可能具有的排除、限制竞争效果，申报方可以在商务部规定的期限内提出附条件建议。申报方在规定期限内未提出附条件建议的，或者所提出的附条件建议不足以减少集中对竞争产生的不利影响的，商务部应当禁止该项集中。在附条件建议提出后，商务部可采用征询相关方意见、发放调查问卷以及召开听证会等方式对该建议进行评估，其还应在规定期限内就提出的附条件建议与申报方进行协商，并及时将附加限制性条件的审查决定向社会公布。审查决定中应包括是否要求申报方委托受托人、适用的剥离程序、行为性条件的实施期限等内容。

就限制性条件的实施而言，《征求意见稿》主要对有关剥离的结构性条件做出了规定，其他限制性条件的实施参照适用剥离的相关规定。根据《征求意见稿》第十四条，剥离可分为自行剥离和受托剥离两种方式，剥离义务人未能如期完成自行剥离即在审查决定规定的期限内找到适当的买方、签订出售协议并经商务部审核批准，则采用受托剥离即由剥离受托人完成剥离。

根据《征求意见稿》第十六条和第十七条，剥离义务人应在审查决定规定的期限内（决定未规定期限的，剥离义务人应在审查决定之日起6个月内，如经剥离义务人说明商务部批准可最多再延长3个月）找到适当的买方签订出售协议，并向商务部提交买方人选及该出售协议。商务部将审查前述买方人选及出售协议，审查时间不计入剥离期限。《征求意见稿》还规定在特定情况下，如剥离之前维持剥离业务的竞争性和可销售性存在较大风险等情况下，商务部还可以要求剥离义务人在集中实施之前找到买方并签订出售协议。而在出售协议签订之日起3个月内，剥离义务人应将剥离业务转移给买方，经剥离义务人申请商务部批准，该期限可再至多延长一个月。值得注意的是，如经商务部批准的买方购买剥离业务之交易达到经营者集中申报标准的，该交易还应向商务部申报，商务部作出审查决定之前，申报方不得将剥离业务

出售给买方。

就限制性条件的监督而言，《征求意见稿》主要规定了剥离义务人、剥离受托人和监督受托人在剥离中的职责和义务，其他限制性条件的监督参照适用剥离的规定。根据《征求意见稿》的规定，剥离义务人应在商务部做出审查决定之日起15日内，向商务部提交监督受托人人选，在进入受托剥离阶段30日前向商务部提交剥离受托托人人选。监督受托人在商务部的监督下履行职责，包括监督剥离义务人履行义务，评估买方人选及出售协议，监督出售协议的执行并向商务部提交与前述相关的报告等。而剥离受托人，根据《征求意见稿》第二十七条的规定，在受托剥离阶段有权以无底价的方式出售剥离资产。

考虑到市场环境变化，《征求意见稿》规定审查决定生效后，商务部可根据实际情况对限制性条件进行重新审查，变更或解除限制性条件，集中后经营者也可书面向商务部申请变更或解除限制性条件，商务部将予以审查，若决定变更或解除限制性条件，应及时向社会公布。

对于违反审查决定的经营者，《征求意见稿》还规定了相应的法律后果。其中，情节严重的，商务部应责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，并可以处五十万元以下的罚款。商务部应当撤销审查决定，要求参与集中的经营者重新申报。

二、评议

《征求意见稿》的内容涵盖了限制性条件的确定、实施、监督、变更和解除，为限制性条件的适用构建了一个较为完整的体系，但其也存在着相应的问题和有待完善之处。君合反垄断小组就该《征求意见稿》进行了逐条讨论，并统一向商务部提交了修改意见，其中包括：

第一，在附条件建议的提出上，我们认为应更明确地规定：申报方在商务部提出集中具有或可能具有排除、限制竞争效果之前，也应有权自行提出附条件建议；

第二，为便于申报方准备附条件建议并能够尽快获得反垄断审查通过，我们建议应对商务部提出集中具有或可能具有排除、限制竞争效果的时间予以进一步规定。如商务部应在不晚于审查程序第二阶段结束前提出集中具有或可能具有的排除、限制竞争效果并说明理由；

第三，《征求意见稿》未规定商务部将附条件建议的评估结果告知申报方的时限，为保障申报方拥有足够的准备和操作时间，我们建议商务部应及时或在某一具体规定期限内将评估结果通知申报方。

第四，就剥离义务人将剥离业务转移给买方的期限，《征求意见稿》规定为出售协议签订之日起3个月内，经剥离义务人申请商务部批准，可再至多延

长一个月。鉴于剥离的实施可能会涉及审批事项，建议将第二项规定的延长期限规定为三个月。

第五，《征求意见稿》第十三条规定，商务部做出审查决定时应规定行为性条件的实施期限。审查决定未规定的，实施期限为十年。建议进一步明确，前述规定的行为性条件的实施期限是否适用于《征求意见稿》出台之前的附条件审查决定。

第六，受托剥离的情况下，我们建议商务部进一步明确剥离协议应由剥离受托人签署还是由剥离义务人签署。

第七，《征求意见稿》在个别概念定义及阐述方面需要进一步调整。以第五条为例，本条采用列举式表述定义行为性条件时，过于侧重知识产权方面，建议或采用一般性描述定义或在列举定义时列举全面。

第八，《征求意见稿》的某些规定较为宽泛，需要进一步细化。举例而言，第十九条规定集中实施之前难以确定买方的，商务部可以在审查决定中要求剥离义务人在首选方案基础上提出备选方案，而该条对备选方案的规定相当简单，建议予以细化，以便于剥离义务人做相应准备；另如，第二十四条规定，参与集中的经营者为确保剥离业务的存活性、竞争性和可销售性应指定专门的管理人，负责管理剥离业务，而全文均未提及此处管理人应具备的条件和要求，建议再进一步明确，以便剥离义务人操作。

最后，《征求意见稿》中对买方资格取消后及受托人提供虚假信息的法律后果的规定不够全面，其仅规定了受托人及买方可能面临的法律责任，而未规定前述情况对申报交易处理结果的影响即相应的审查决定是否有效或申报交易是否需要重新申报。建议予以明确，使申报方对可能存在的法律风险和后果形成较为完整和充分的认识。

李晓阳 合伙人 Tel: 8610 8519 1298 Email: lixy@junhe.com

白雪斐 律师 Tel: 8610 8519 2431 Email: baixf@junhe.com

本简报仅为提供法律信息之目的，供参考使用，并不构成君合律师事务所的法律意见或建议。