

反垄断法热点问题

新修订的《关于经营者集中申报的指导意见》简述

早在《反垄断法》开始实施的五个月后，商务部反垄断局（下称“反垄断局”）即发布并实施了《关于经营者集中申报的指导意见》（下称“《指导意见》”）。该意见为集中申报提供了及时指引，规范了申报程序，降低了违规操作的风险。然而，随着申报案件总体渐趋复杂和反垄断局审查经验不断积累，原有的《指导意见》亟待修改以适应新情况。

2014年6月6日，反垄断局发布了新修订的《指导意见》。新《指导意见》就控制权、新设合营企业、营业额计算、商谈程序等问题对原有意见和《经营者集中申报办法》（下称“《申报办法》”）作了补充、修改。

本文旨在对新《指导意见》的若干重点进行简述。

一、控制权

新《指导意见》第三条关于控制权（包括决定性影响）的规定为新增条款。根据新《指导意见》，判断控制权取决于大量法律和事实因素，这些因素包括：

- （一）交易的目的是未来的计划；
- （二）交易前后其他经营者的股权结构及其变化；
- （三）其他经营者股东大会的表决事项及其表决机制，以及其历史出席率和表决情况；

（四）其他经营者董事会或监事会的组成及其表决机制；

（五）其他经营者高级管理人员的任免等；

（六）其他经营者股东、董事之间的关系，是否存在委托行使投票权、一致行动人等；

（七）该经营者与其他经营者是否存在重大商业关系、合作协议等。

上述因素与实践中商务部经常考虑的因素一致，但是在商务部官方网站以指导意见的方式对此予以明确则尚属首次。

二、新设合营企业

新《指导意见》也首次明确了新设合营企业的申报问题。根据新《指导意见》第四条，在新设合营企业中，如果仅有一个经营者单独控制该企业，则不构成经营者集中从而不需申报¹。

三、营业额

在中国进行经营者集中申报的必要标准是：至少两

¹ 在新《指导意见》的征求意见稿中，曾提及“单独控制权”包括积极的单独控制权和消极的单独控制权，但并未对此予以详细解释，并且在最终发布的《指导意见》中删除了该内容。欧盟法下对积极的单独控制权和消极的单独控制权有明确定义。以新设合营企业情形为例，积极的单独控制权是指一个股东对合营企业的商业战略拥有单方面的决定权。消极的单独控制权是指仅有一个股东对合营企业的商业战略决定拥有否决权，但却不拥有单方面的决定权。商务部是否会在今后的实践中认可“消极的单独控制权”这一概念，还有待观察。

个参与集中的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。对于何为“在中国境内”，新《指导意见》第五条对《申报办法》第四条作了进一步说明，即“包括经营者从中国之外的国家或地区向中国的出口，但不包括其从中国向中国之外的国家或地区出口的产品或服务”。

新《指导意见》第六条、第七条对《申报办法》第五条、第六条、第七条规定的营业额计算方法进行了补充、修改，主要包括：

1. 参与集中的单个经营者的营业额不包括其在上一会计年度或之前已出售或不再具有控制权的经营者的营业额；
2. 在一项集中包括收购一个或多个经营者的一部分时，如果卖方在交易后对被出售部分不再拥有控制权时，则对于卖方而言，只计算集中涉及部分的营业额²。

四、商谈制度

新《指导意见》详细规定了商谈制度，篇幅共四条，与原意见对此仅有一条规定相比，显见反垄断局进一步提高了对商谈的重视。

新修订的要点有：第一、明确扩大了适用商谈的阶段，不仅申报前可商谈，申报后、决定立案审查前也可商谈³；第二、明确了商谈的法律地位，是反垄断局就申请商谈方关心的问题“提供指导意见”⁴；第三、明确了商谈涉及的交易应是“真实和相对确定的”⁵，而非假设或虚拟的；第四、明确了拟商谈问题应与拟申报或已申报的集中直接有关，对可商谈问题进行了列举，包括相关市场界定、是否符合

简易案件适用标准、交易是否存在未依法申报问题等⁶。

五、其他

对于实践中参与集中的经营者之间约定由其中一个负责申报的，如果后者未申报，其他有申报义务的经营者不因约定而减免其未申报的法律责任⁷。

以公开要约方式收购上市公司的，已公告的要约收购报告书可视为已签署的集中协议⁸。申报后，若发生申报人知悉或应知悉的重大变化，或发生应披露的新情况，则应及时书面通知反垄断局；若交易发生实质性变化，则应视为新的集中重新申报⁹。

结语

新《指导意见》反映了反垄断局近年在申报程序中的实践做法和成果，将有助于提高申报程序的透明度、可预测性、科学性和效率。同时，对于何为引发重新申报要求的交易的“实质性变化”等问题，留待在今后实践中进一步厘清、规范。

² 根据新《指导意见》第七条，主要包括两种情形：一是在出售资产的情况下，卖方对被出售的资产不再拥有控制权，则只计算该资产所产生的营业额；二是在出售目标公司全部或部分股权的情况下，卖方在交易完成后对目标公司不再拥有控制权，则只计算该目标公司的营业额。

³ 新《指导意见》第九条。

⁴ 同上，第九条。

⁵ 同上，第十一条。

⁶ 同上，第十一条。

⁷ 同上，第十三条。

⁸ 同上，第十四条。

⁹ 同上，第十八条。

许蓉蓉	合伙人	电话：86-10 8519 1280	邮箱地址：xurr@junhe.com
巩明芳	律 师	电话：86-10 8519 2376	邮箱地址：gongmf@junhe.com
万 兴	律 师	电话：86-10 8519 2170	邮箱地址：wanxing@junhe.com
马成豪	实习生	电话：86-10 8519 2786	邮箱地址：machh@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”。

