君合专题研究报告 JUNHE

2020 年 12 月 1 日

沉舟侧畔千帆过—简评《经营者集中审查暂行规定》

一、前言

2020 年 10 月 23 日，国家市场监督管理总局（简称“**市场监管总局**”）公布了《经营者集中审查暂行规定》（国家市场监督管理总局令第 30 号，简称“**《审查暂行规定》**”），该法规于 2020 年 12 月 1 日起施行。

《审查暂行规定》分为总则、经营者集中申报、经营者集中审查、限制性条件的监督和实施、违法实施经营者集中调查、法律责任和附则共七章六十五条，对《经营者集中申报办法》、《经营者集中审查办法》、《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）》4 部部门规章以及《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》和《关于经营者集中简易案件适用标准的暂行规定》2 部规范性文件进行了梳理和整合，并在此基础上结合执法经验作了一定程度的调整和完善，建立统一完备的经营者集中审查制度。《审查暂行规定》施行后，前述 4 部部门规章以及 2 部规范性文件将被适时废止，而《关于经营者集中申报的指导意见》、《关于经营者集中申报文件资料的指导意见》、《经营者集中反垄断审查办事指南》以及《关于经营者集中简易案件申报的指导意见（试行）》等指导性规范仍将沿用。

二、委托审查新机制的建立

《审查暂行规定》第二条规定，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。依照《反垄断法》规定，经营者集中审查属于中央事权[1]。自《反垄断法》施行以来，经营者集中案件一直完全由中央层面的反垄断执法机构统一审查。此次创设委托省级市场监管部门审查的新机制，虽然未来将在哪些“部分有条件的地区开展先行先试”仍不甚明了，但该等机制将调动地方力量参与审查，进一步提高审查效率。

近年来，随着经济发展和市场主体合规意识的增强，逐年增加的集中申报案件数量与反垄断执法机构审查力量不足的矛盾日益凸现。此次《审查暂行规定》根据《行政许可法》第二十四条[2]，创设了委托省级市场监管部门审查的新机制，可以在维持统一执法的前提下，利用地方市场监管部门的力量，缓解持续增长的经营者集中案件数量与市场监管总局有限的审

[1] 2018 年 3 月 18 日前为商务部，2018 年 3 月 18 日之后为市场监管总局。

[2] 《行政许可法》第二十四条规定，行政机关在其法定职权范围内，依照法律、法规、规章的规定，可以委托其他行政机关实施行政许可。委托机关应当将受委托行政机关和受委托实施行政许可的内容予以公告。委托行政机关对受委托行政机关实施行政许可的行为应当负责监督，并对该行为的后果承担法律责任。受委托行政机关在委托范围内，以委托行政机关名义实施行政许可；不得再委托其他组织或者个人实施行政许可。

查力量之间的矛盾，进一步提高审查效率，更好地服务经济发展。需要指出的是，按照《行政许可法》的规定，受委托的行政机关应以市场监管总局的名义实施审查，并作出审查决定，市场监管总局对受委托机关的行为进行监督和指导，以确保审查执法的统一性。

三、简易案件适用标准的完善

《反垄断法》施行后，对于在中国境内具备一定经营规模的市场主体而言，经营者集中审查成为其开展投资并购行为时必须要考虑的要素之一。在《反垄断法》施行之初，经营者集中审查从提交资料到审查通过，往往需要较长时间，大量投资并购案件由此受到一定影响。

为兼顾反垄断执法与服务经济发展，2014 年 2 月，商务部颁布了《关于经营者集中简易案件适用标准的暂行规定》（简称“**《简易案件暂行标准》**”），建立了经营者集中简易案件申报制度，审查工作明显提速。

简易案件申报制度的建立，在优化《反垄断法》确立的经营者集中审查制度方面具有里程碑式的意义。而合理设定简易案件的适用标准，则是简易案件申报制度的核心问题。此次，《审查暂行规定》在总结执法经验基础上，主要对《简易案件暂行标准》规定的简易案件适用标准进行了结构上以及措辞上的一些调整，以准确反映相关标准在实务中的解释和具体执行。

1、 简易案件市场份额标准

《审查暂行规定》第十七条第（一）项规定，“在同一相关市场，参与集中的经营者所占的市场份额之和小于百分之十五；在上下游市场，参与集中的经营者所占的市场份额均小于百分之二十五；不在同一相关市场也不存在上下游关系的参与集中的经营者，在与交易有关的每个市场所占的市场份额均小于百分之二十五。”因此，从结构以及措辞上，《审查暂行规定》将以往对应横向、纵向和混合集中三种情形下单列的市场份额标准[3]归入同一项标准，明确适用简易案件程序须同时满足 3 种市场份额标准，确认了实务中的执法实践，避免针对市场份额标准可能出现的解读冲突。

2、 简易案件的除外情形

《简易案件暂行标准》规定了简易案件的六种除外情形[4]，包括：（1）合营企业单独控制；（2）相关市场难以界定；（3）对市场进入、技术进步有不利影响；（4）对消费者和其他经营者有不利影响；（5）对国民经济有不利影响；以及（6）对市场竞争有不利影响的其他情形。

关于后五种除外情形，《审查暂行规定》未作改变，但对第一种除外情形明确规定了市场份额的限制。第十八条第（一）项增加了“市场份额之和大于百分之十五”的限定条件，

[3] 《简易案件暂行标准》第二条规定，符合下列情形的经营者集中案件，为简易案件：
（一）在同一相关市场，所有参与集中的经营者所占的市场份额之和小于 15%；
（二）存在上下游关系的参与集中的经营者，在上下游市场所占的份额均小于 25%；
（三）不在同一相关市场、也不存在上下游关系的参与集中的经营者，在与交易有关的每个市场所占的份额均小于 25%；
（四）参与集中的经营者在中国境外设立合营企业，合营企业不在中国境内从事经济活动；
（五）参与集中的经营者收购境外企业股权或资产的，该境外企业不在中国境内从事经济活动；
（六）由两个以上经营者共同控制的合营企业，通过集中被其中一个或一个以上经营者控制。

[4] 《简易案件暂行标准》第三条规定，尽管满足第二条规定的标准，但若存在下列情形的经营者集中案件，不视为简易案件：
（一）由两个以上经营者共同控制的合营企业，通过集中被其中的一个经营者控制，该经营者与合营企业属于同一相关市场的竞争者；
（二）经营者集中涉及的相关市场难以界定；
（三）经营者集中对市场进入、技术进步可能产生不利影响；
（四）经营者集中对消费者和其他有关经营者可能产生不利影响；
（五）经营者集中对国民经济发展可能产生不利影响；
（六）商务部认为可能对市场竞争产生不利影响的其他情形。

明确共同控制变单独控制的横向集中须同时满足横向集中的市场份额标准，否则仍可视为简易案件。通过该等内容调整，市场监管总局将其在审查实践中的做法明确固定下来，从而避免了未来实务中对不符合简易案件标准情形的更多误读。

四、营业额计算口径的调整

一项交易在同时满足下述两个条件的情况下，在该交易实施前需要履行申报义务：（1）该项交易构成经营者集中；（2）参与集中的经营者的营业额达到法定标准。

一项交易是否构成经营者集中，取决于参与交易的经营者之间是否因该交易产生控制关系或能够施加决定性影响。关于控制关系或决定性影响的判断要素，《审查暂行规定》沿用了《关于经营者集中申报的指导意见》（简称“**《申报指导意见》**”）中的相关规定，没有特别的变化[5]。而在参与集中经营者的营业额计算方面，与《申报指导意见》相比，《审查暂行规定》有所调整和补充，主要包括以下三个方面。

1、 营业额计算口径

根据《审查暂行规定》第七条和第八条，参与集中经营者的营业额计算口径为：该经营者以及与该经营者存在直接或间接控制关系的所有经营者上一会计年度的营业额总和。

按照字面的理解，“与该经营者存在直接或间接控制关系的所有经营者”应是指，直接或间接控制该经营者的所有经营者（简称“**控制人**”）以及被该经营者直接或间接控制的所有经营者。由此引出的一个疑问是，控制人所控制的其他经营者（简称“**兄弟企业**”）与该参与集中的经营者之间并无直接或者间接控制关系，该等兄弟企业的营业额是否应被纳入计算范围？

单从《审查暂行规定》第八条文义表述上来看，似应不包括兄弟企业的营业额。但是，笔者认为，与《反垄断法》施行以来的审查实践和实务做法相一致，同时也参照原《申报指导意见》第六条的规定，该等兄弟企业的营业额应纳入计算范围。因为，虽然形式上兄弟企业与参与集中的经营者之间没有直接或者间接的控制关系，但是，兄弟企业与该参与集中的经营者均共同受控于控制人。因此，尽管文义上可能导致对“营业额计算范围”的缩小化解释，但是考虑到经营者集中“市场力量集中”的实质判断标准，兄弟企业的营业额应一并纳入计算范围。

2、 有无控制关系的判断时点

根据之前《申报指导意见》第六条第二款的规定，参与集中的单个经营者的营业额不包括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。从文义上看，控制关系的判断时点是上一会计年度。然而，在计算营业额时，市场监管总局的审查实践以及实务中的主流观点均认为应以“申报时”作为控制关系的判断时点。也就是说，即使一个经营者在上一会计年度内与参与集中的经营者之间存在控制或者被控制关系，只要申报时该等控制关系不复存在，那么该经营者的营业额就应当排除出计算范围。反之亦然，若一个经营者虽然在上一会计年度内与参与集中的经营者之间不存在控制或者被控制关系，只要申报时控制

[5] 《审查暂行规定》第四条列出的判断要素如下：
(1) 交易的目的和未来的计划；
(2) 交易前后其他经营者的股权结构及其变化；
(3) 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；
(4) 其他经营者董事会或者监事会的组成及其表决机制；
(5) 其他经营者高级管理人员的任免等；
(6) 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；
(7) 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；
(8) 其他应当考虑的因素。

关系已经建立，那么该经营者的营业额也应当纳入计算范围。

因此，此次市场监管总局在总结执法经验、借鉴欧盟等其他司法辖区规定、以及各方征求意见的基础上，在《审查暂行规定》第八条中明确规定控制关系的有无应以申报时为标准来进行判断，从而避免了实务中对此问题的误读，强化了执法与立法的一致性。

3、 合并计算营业额两年周期的起止时间

之前的《申报指导意见》第八条规定，相同经营者之间在两年内多次实施的未达申报标准的经营者集中，应当视为一次集中交易，集中时间从最后一次交易算起，该经营者集中的营业额应当将多次交易合并计算。但是，《申报指导意见》对“两年”的起止时间点未作明确规定。

由于集中审查是事前审查，而申报时又必须提交已经签署的交易协议，因此，“两年”的截止时间点应是最后一次交易的签约日，这应无疑义。但是，“两年”的起始时间点是首次交易的签约日，还是交割日，实务中仍然存在争议。

此次《审查暂行规定》第九条沿用了《申报指导意见》第八条关于相同经营者之间两年内多次交易合并计算营业额的规定，并明确了“两年”的起止时间。根据《审查暂行规定》第九条，该“两年”从第一次交易完成之日起算，至最后一次交易签订协议之日止。该等调整无疑将进一步提高经营者分析其多次交易是否触发反垄断申报义务的判断难度。

五、限制性条件及受托人制度的改进

经营者集中经审查，如果被确定具有排除、限制竞争效果的，那么审查结果将会有两种可能：其一是，申报方提出附加限制性条件的承诺方案，且该方案被认定能有效减少集中对竞争产生的不利影响的，在附加该等限制性条件的前提下，允许集中；其二是，若申报方未提出附加限制性条件的承诺方案，或者所提出方案被认定不能有效减少集中对竞争产生的不利影响的，集中将被禁止。就附加限制性条件承诺方案的提交、调整、评估和监督实施等，《审查暂行规定》对《关于经营者集中附加限制性条件的规定（试行）》（简称“**《限制性条件试行规定》**”）作出了一定程度的调整和完善，主要内容如下。

1、 限制性条件承诺方案的提交期限

根据此前《限制性条件试行规定》第六条，对于被认定具有排除、限制竞争效果的经营者集中，申报方应在**进一步审查阶段截止日**[6]**前二十日内**提交附加限制性条件的最终方案，申报方在规定期限内未提交的，有关经营者集中将被禁止。

实务中，很多案件的竞争关注并不一定在进一步审查阶段中出现。同时，鉴于附加限制性条件谈判的复杂性，申报方实际很难在前述规定的期限内提交附加限制性条件的最终方案。因此，在实践中，该等时限要求总体来说难以实现，大部分情况下未予以真正落实。

因此，为了反映该等实践，本次《审查暂行规定》未再规定提交最终方案的固定期限。根据《审查暂行规定》第三十二条，参与集中的经营者提出附加限制性条件承诺方案后，市场监管总局应当对承诺方案的有效性、可行性和及时性进行评估，市场监管总局认为承诺方案不足以减少集中对竞争的不利影响的，可以与参与集中的经营者进行磋商，要求其在**合理期限**内提出其他承诺方案。

[6] “进一步审查阶段的截止日”是反垄断执法机构收到经营者提交的符合规定的申报文件之日起第 120 日。

附加限制性条件的方案往往很难一蹴而就，需要经过反复磋商和调整，才能最终确定。《审查暂行规定》采用“合理期限”的表述，无疑更具灵活性，为充分利用法定审查期间摸索可行的承诺方案留下了余地。

2、 限制性条件的履行期限以及存续期限

《审查暂行规定》第三十三条沿用了《限制性条件试行规定》第三条的规定，将限制性条件分为以下三类：（1）剥离资产、权益等结构性条件；（2）开放网络、许可关键技术、终止排他协议等行为性条件；（3）结构性条件和行为性条件相结合的综合性条件。

(1) 履行期限

关于剥离业务的结构性条件，《审查暂行规定》基本沿用了《限制性条件试行规定》关于剥离义务履行期限的规定。剥离义务人应在审查决定规定的期限内，自行寻找买方，签订出售协议，若审查决定未规定自行剥离签约期限的，则剥离义务人应在审查决定作出之日起六个月内完成自行剥离签约。剥离义务人若未能在规定期限内完成自行剥离签约的，则应按照审查决定规定的期限，通过剥离受托人寻找买方，签订出售协议。若审查决定未规定受托剥离签约期限的，则应在受托剥离开始之日起六个月内完成受托剥离签约。出售协议经市场监管总局审核批准后，剥离义务人应在出售协议签订之日起三个月内完成交割。该交割期限可向市场监管总局申请延长。

关于开放网络、许可关键技术、终止排他协议等行为性条件的履行期限，《审查暂行规定》未再规定比照适用剥离义务履行期限。行为性条件的履行期限将由市场监管总局在审查决定中视案件具体情况予以规定。

(2) 存续期限

《限制性条件试行规定》对限制性条件的存续期限未作任何规定，也未规定审查决定中需明确限制性条件的存续期限。在之前附加限制性条件批准的经营者集中案件中，部分案件的审查决定列明了限制性条件的存续期限[7]，部分案件则未规定存续期限[8]。

此次《审查暂行规定》第四十六条要求，审查决定应当规定附加限制性条件的期限，并明确期限届满后限制性条件是自动解除还是申请解除。

需要注意的是，即使审查决定里写明限制性条件到期自动解除，市场监管总局仍会进行核查，在确认义务人未违反审查决定的情况下，限制性条件才自动解除。如果义务人存在违反审查决定情形的，市场监管总局可以适当延长附加限制性条件的期限。审查决定里写明限制性条件到期后义务人需要申请解除的，义务人应当提交书面申请并说明理由。市场监管总局评估后决定是否解除限制性条件。

根据《审查暂行规定》第四十六条第四款，限制性条件为剥离的，市场监管总局核查确认义务人履行完成所有义务的，限制性条件自动解除。笔者认为，这里“限制性条件自动解除”的表述值得商榷。限制性条件的解除，意味着义务人不再受该限制性条件约束。但是对于限制性条件为剥离的情形，即使义务人完成所有剥离义务后，该限制性条件也不应立即解除，

[7] 市场监管总局关于附加限制性条件批准依视路国际与陆逊梯卡集团合并案反垄断审查决定。
http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjpz/202003/t20200309_312682.html

[8] 关于附加限制性条件批准科力远、丰田中国、PEVE、新中源、丰田通商拟设立合营企业案经营者集中反垄断审查决定。
http://fldj.mofcom.gov.cn/article/ztxx/201407/20140700648291.shtml

义务人至少在一定期限内不可以回购所剥离的业务，或通过其他方式对其施加影响[9]。

3、 监督受托人和剥离受托人

《审查暂行规定》对附加限制性条件下的监督受托人和剥离受托人的相关规定有所调整和完善。

(1) 监督受托人

根据《审查暂行规定》第三十六条和第三十七条，附加限制性条件批准的经营者集中，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；**通过受托人监督检查的**，市场监管总局应当在审查决定中予以明确，义务人应当在市场监管总局作出审查决定之日起十五日内向市场监管总局提交监督受托人人选。

此外，《审查暂行规定》第四十三条完全沿用了《限制性条件试行规定》第二十条第一款内容，要求剥离义务人在剥离完成前，应当“指定专门的管理人，负责管理剥离业务。管理人在监督受托人的监督下履行职责，其任命和更换应当得到监督受托人的同意”。

(2) 剥离受托人

《审查暂行规定》第四十五条沿用了《限制性条件试行规定》第二十二条的规定，明确剥离受托人有权以无底价方式出售剥离业务。因此一旦进入受托剥离阶段，剥离义务人的利益可能受到较大影响。

对于剥离义务人在未能按期完成自行剥离的情况下是否必须委托剥离受托人进行受托剥离，《限制性条件试行规定》并未作出明确规定。

此次《审查暂行规定》第三十八条明确规定，在未能按期完成自行剥离的情况下，市场监管总局可以要求义务人委托剥离受托人在规定的期限内寻找合适的剥离业务买方。换言之，义务人是否需要委托剥离受托人进行受托剥离，将由市场监管总局视情况决定。

(3) 受托人的条件和法律责任

关于受托人应当符合的条件，与《限制性条件试行规定》第十九条相比，《审查暂行规定》第三十七条增加了一项合规性条件，要求过去五年未在担任受托人过程中受到处罚，删除了“对买方人选确定过程的监督”这项条件。相应地，《审查暂行规定》第五十九条强化了受托人的法律责任，对于未按要求履行职责的受托人，市场监管总局将责令改正；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。而此前的《限制性条件试行规定》第三十条仅规定了“责令改正”的法律责任。

六、对违法集中行为查处的强化

1、 违法实施集中的情形及其调查

关于违法实施集中，此前《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》（简称“**《未依法集中查处办法》**”）仅规定了达到申报标准应申报但未依法申报而实施集中这一种情形。而事实上，除了应申报未申报之外，违法实施经营者集中还包括其他一些情形。《审查暂行规定》第四十八条明确规定了以下三种违法实施集中的情形：（1）达到申报标准应申报但未申报实施的经营者集中；（2）申报后未经批准实施的经营者集中；（3）违反审查决定的经营者集中。

[9] 在“关于附加限制性条件批准加阳公司与萨斯喀彻温钾肥公司合并案经营者集中反垄断审查决定”中，明确要求合并后实体及其关联公司不得通过任何形式回购被剥离的股权。http://www.mofcom.gov.cn/article/b/e/201711/20171102666646.shtml

此外，对于违反审查决定的案件，《限制性条件试行规定》仅规定了法律责任[10]，未明确具体调查程序。此次，《审查暂行规定》第四十八条明确规定，对于该条所列三种违法实施集中的情形，均按照《审查暂行规定》第五章的规定进行调查。

关于违法实施集中的调查程序，与《未依法集中查处办法》相比，《审查暂行规定》大幅压缩了调查时间，将违法实施经营者集中案件的初步调查时间从 60 日[11]缩减为 30 日[12]，将进一步调查时间从 180 日[13]缩减为 120 日[14]。

2、 违法实施集中的处罚

《审查暂行规定》第十二条规定，申报人应当对申报文件、资料的真实性负责。对于申报人隐瞒情况、提供虚假材料的，《审查暂行规定》第五十八条规定，市场监管总局不予立案或者撤销立案，并可以依照《反垄断法》第五十二条的规定[15]予以处罚。

对于经营者违反《反垄断法》规定实施集中的情形，《未依法集中查处办法》第十三条规定，首先处 50 万元以下的罚款，其次再综合考虑违法行为的性质、程度、持续的时间以及竞争效果评估结果等因素，决定是否责令恢复到集中前的状态。但是，此次《审查暂行规定》未沿用《未依法集中查处办法》第十三条的规定，而是在《审查暂行规定》第五十七条中规定，依照《反垄断法》第四十八条规定[16]予以处罚。笔者认为，与《未依法集中查处办法》第十三条的规定相比，《审查暂行规定》对法律后果的解释重新归于《反垄断法》第四十八条，虽然在合理性和可操作性上有所降低和收窄，但是在一定程度上也反映出市场监管总局释放出的、针对违法实施集中将可能继续实施严格监管的态势信号。

七、结语

《审查暂行规定》对《反垄断法》实施以来就经营者集中审查颁布施行的一系列法规进行了梳理和整合，并作了一定程度的调整和完善，从而形成了第一部比较完整、系统的经营者集中审查部门规章。《审查暂行规定》虽然也存在个别有待商榷之处，但总体而言，可谓瑕不掩瑜。我们期待《审查暂行规定》能为经营者集中审查统一执法提供制度保障，增强反垄断法律制度可操作性和可预期性，进一步提高经营者集中审查的效率，为市场主体依法合规的投资并购提供明确指引，营造高效有序、公平竞争的法治环境。

---

[10] 《限制性条件试行规定》第二十九条规定，参与集中的经营者违反审查决定，商务部应责令限期改正。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，可处以五十万元人民币以下的罚款。

[11] 《未依法集中查处办法》第七条规定，商务部应当自收到被调查的经营者依据本办法第六条提交的文件、资料之日起 60 日内，对被调查的交易是否属于未依法申报经营者集中完成初步调查。

[12] 《审查暂行规定》第五十二条规定，市场监管总局应当自收到被调查的经营者依照本规定第五十一条提交的文件、资料之日起三十日内，对被调查的交易是否属于违法实施经营者集中完成初步调查。

[13] 《未依法集中查处办法》第八条规定，商务部应当自收到被调查的经营者提交的符合前款规定的文件、资料之日起 180 日内，完成进一步调查。

[14] 《审查暂行规定》第五十三条规定，市场监管总局应当自收到被调查的经营者提交的符合规定的文件、资料之日起一百二十日内，完成进一步调查。

[15] 《反垄断法》第五十二条规定，对反垄断执法机构依法实施的审查和调查，拒绝提供有关材料、信息，或者提供虚假材料、信息，或者隐匿、销毁、转移证据，或者有其他拒绝、阻碍调查行为的，由反垄断执法机构责令改正，对个人可以处二万元以下的罚款，对单位可以处二十万元以下的罚款；情节严重的，对个人处二万元以上十万元以下的罚款，对单位处二十万元以上一百万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

[16] 《反垄断法》第四十八条规定如下：经营者违反本法规定实施集中的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、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，可以处五十万元以下的罚款。

季光明　　合伙人　　电话：86 21 2208 6233　　邮箱地址：jigm@junhe.com
巩明芳　　合伙人　　电话：86 10 8553 7645　　邮箱地址：gongmf@junhe.com
陈嘉怡　　律　师　　电话：86 21 2208 6011　　邮箱地址：chenjiayi@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”。