



反垄断的法律热点问题

通过君合首例经营者集中反垄断调查案件看商务部《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》的实体和程序要点

2011年6月，商务部公布了《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》（征求意见稿）（以下简称“《暂行办法征求意见稿》”），就此向社会公开征求修改意见。

2011年12月30日，商务部发布了《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》（以下简称“《暂行办法》”）。2012年2月1日，《暂行办法》正式开始实施。

2012年5月4日，君合代理的首例经营者集中反垄断调查案件审结。本项调查开始于公开征求意见结束之后、《暂行办法征求意见稿》进入商务部内部修改程序，恰好经历了《暂行办法》从公布到正式实施的整个期间。通过此案的相关实践，我们梳理出以下实体和程序要点供各位同事在类似业务中参考。

一、 实体要点

- “经营者集中”的认定标准较为严格和保守

《暂行办法》第2条第1款规定，未依法申报经营者集中，是指经营者集中达到《规定》设定的申报标准，经营者未依照《反垄断法》的规定事先向商务部申报而实施的集中。

是否属于未依法申报，主要看三个方面：一是相关交易是否属于经营者集中；二是经营者集中是否达到申报标准；三是经营者集中是否已经实施但未向商务部申报。

因此，判断是否存在违法行为，首先就需要判断一项交易是否属于经营者集中。根据《反垄断法》，经营者集中包括下列情形：经营者合并；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；以及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。根据商务部的执法实践，如果一家合资公司由各方股东共同控制，则会被认为落入上述第三种情形，因而会被认为构成经营者集中。

然而，对于一家不从事任何实际业务、仅为持股目的设立的合资公司，是否属于经营者集中，商务部一直未予明确。

在君合处理的本次调查中，两家境外公司为了实施一项境内投资项目，选择在香港合资、并以合资公司100%控股境内项目。相应的，境内项目公司将由香港合资公司设立，作为其独资的外资企业（WFOE）。为了实施上述常见的交易结构，双方于2011年4月认购了一家已经设立的香港壳公司的股份，按照约定的股权比例承诺向其注资不超过40万港币。双方正式登记为该香港合资公司股东之前，未就此向商务部反垄断局进行经营者集中申报。

经过调查，商务部反垄断局认为，当事双方合资设立境外控股公司的行为属于《反垄断法》下的经营者集中，由于合资双方的营业额均达到了国务院规定的申报标准，因此，该行为构成应申报而未申报的经营者集中，违反《反垄断法》关于经营者集中审查的强制性法律规定。

由此可以看出，与欧盟经营者集中控制的司法实践不同，商务部反垄断局没有对可能受制于经营者集中审查的合资公司做出“全功能”和“非全功能”的区别，而是将合资公司的设立一概视为经营者集中的情形。这体现出商务部反垄断局对经营者集中概念较为宽泛的认定。

另一方面，商务部反垄断局在调查案件是否产生排除、限制竞争效果时，调查对象是香港合资公司拟在境内设立的WFOE所从事的业务。这与认定境外的合资公司需要进行经营者集中申报之间存在一定的矛盾。

- 《暂行办法》适用于境外交易

根据《反垄断法》和《暂行规定》，无论经营者集中行为及相关经营者位于中华人民共和国境内，还是位于中华人民共和国境外，只要其营业额达到了规定的标准，均有义务向商务部申报。因此，商务部可以依据《暂行办法》规定，对发生在境外的未依法申报经营者集中实施调查处理。

因此，虽然本次被调查的控股合资公司设立在香港，依然需要纳入《反垄断法》和《暂行规定》的管辖范围。

- 合资双方均须承担未依法申报的法律责任

《暂行办法》第5条第2款规定，被调查的经营者是指《经营者集中申

报办法》第9条规定的申报义务人，即，在非合并方式的经营者集中情形下，取得控制权或者能够施加决定性影响的经营者为被调查的经营者。

而在设立合资公司的情形下，对合资公司拥有共同控制权的经营者将作为申报义务人接受调查。在本案中，合资双方均需向商务部递交相关材料，最终的调查决定也是针对合资双方分别做出。

二、 程序要点

- 《暂行办法》规定的调查期限较之《反垄断法》规定的申报审查期限更长

《暂行办法》规定了初步调查阶段和进一步调查阶段。

初步调查阶段：《暂行办法》第6条规定，在此阶段，被调查的经营者应自接到商务部调查立案通知之日起30日内，向商务部提交规定的文件和材料。商务部在自收到相关文件、材料之日起60日内，判断该交易是否属于未依法申报经营者集中，并书面通知被调查的经营者。属于未依法申报的，商务部将实施进一步调查，经营者应立即停止实施集中行为。

进一步调查阶段：《暂行办法》第8条规定，在此阶段，被调查的经营者在接到商务部进一步调查书面通知之日起30日内，应按照《经营者集中申报办法》（以下简称“《申报办法》”）的规定向商务部提交相关文件、资料。商务部将按照《反垄断法》及《经营者集中审查办法》的有关规定，在180日内对集中是否具有或者可能具有排除、限制竞争效果进行评估。如果被调查的经营者提交的文件、材料不符合《申报办法》的规定，商务部将要求其在规定时间内补交材料，该阶段所需时间将因此相应延长。

由此可见，对于未依法申报的经营者集中来说，其调查期限将大大超出《反垄断法》规定的经营者集中申报最长审查期限（初步审查、进一步审查、再次延长审查相加的总期限为180日）。而在调查程序中，仅进一步调查阶段就可能超出180日。

因此，如果一项经营者集中涉嫌违法实施，则被调查的时间代价将远远高于在实施前向商务部进行申报。我们可以合理的揣摩，该《暂行规定》将打消有些经营者试图先完成实施，后通过调查程序完成“补充申报”的意图。

- 调查程序中的进一步调查阶段起点不明确

白仁傑 顾问 Tel: 8610 8519 2980 Email: bairj@junhe.com

刘 歌 合伙人 Tel: 8610 8519 1313 Email: liug@junhe.com

封 锐 合伙人 Tel: 8610 8519 1389 Email: fengr@junhe.com

巩明芳 律师 Tel: 8610 8519 2376 Email: gongmf@junhe.com

《暂行办法》第8条规定，商务部应当自收到被调查的经营者提交的符合《申报办法》规定的文件、资料之日起180日内，完成进一步调查。

但是，在调查实践中，对于判断提交材料是否已经“符合《申报办法》规定”，缺乏明确的书面依据。与此形成鲜明对比的是，在经营者集中申报程序中，商务部反垄断局会通过签发《立案通知》的方式，确认所提交材料已经符合《申报办法》规定，从而对后续步骤时间的起算点加以明确。

在本次调查中，当事双方于2011年10月31日首次提交调查材料，后被认为不符合《申报办法》规定。君合介入调查程序后，于2011年12月28日提交重新制作的调查材料，并于2012年1月20日按照商务部要求提供了补充材料。至此，对于材料是否符合《申报办法》规定，商务部调查官员仅做出了口头回复，而未有书面确认。

因此，对于材料是否符合《申报办法》的规定，商务部反垄断局具有较大的裁量权，理论上说，这可以令商务部反垄断局摆脱进一步调查阶段所需时间上限的约束，也令调查程序的所需时间评估具有相当大的不确定性。

- 商务部可以裁量决定是否向社会公布对未依法申报经营者集中的调查处理决定

根据《反垄断法》第44条和《暂行办法》第15条规定，商务部可以将对未依法申报经营者集中的处理决定向社会公布。

在《调查处理决定书》中，商务部反垄断局考虑到当事双方及时停止进一步实施集中，积极配合调查，已经实施的集中也没有产生排除、限制竞争的效果，最终仅对客户给予口头训诫，未处以任何行政处罚，也未对外公布本次调查。

结合本次调查实践，我们理解，就未依法申报经营者集中的调查处理决定是否向社会公布，商务部有着一定程度的自由裁量权。虽然违法行为及其产生的后果直接影响商务部反垄断局的最终决定，但是被调查经营者的配合态度也将在很大程度上影响商务部的调查处理结果。