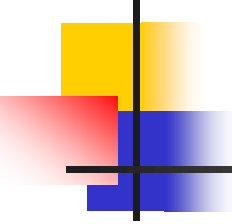


经营者集中反垄断审查 制度与实务

孙淼

商务部反垄断局竞争政策处

2011年12月1日



提纲

- 反垄断法基本概况
- 经营者集中反垄断审查制度
- 案例分析
- 商务部反垄断局职责和主要工作



反垄断法的重要性

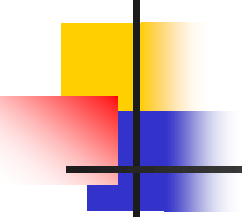
- 是我国社会主义**市场经济**体制和中国特色社会主义**法律体系**日趋完善的一个重要标志，是**市场经济的宪法**；
- 是继《中外合资经营企业法》和《对外贸易法》之后，我国商事法制建设史上一个**新的里程碑**；
- 是决定企业**生存质量**、**经济运行效率**和**消费者福利**的重要法律。

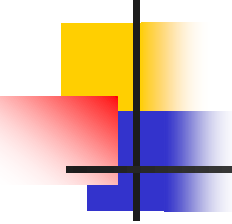


反垄断法的立法过程

反垄断法的起草工作历经**13**年，曾被列入三届全国人大立法规划。

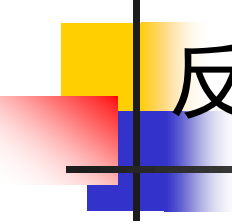
- **1994**年，反垄断法首次被列入**第八届**全国人大立法规划
- **1998**年，反垄断法再次被列入**第九届**全国人大立法规划
- **2003**年，反垄断法第三次被列入**第十届**全国人大立法规划；同年，国务院委托**商务部**承担反垄断法（送审稿）的起草工作

- 
- 2004年2月，**商务部**将《反垄断法（送审稿）》报送国务院
 - 2005年2月，国务院法制办审查修改《反垄断法（送审稿）》
 - 2006年6月7日，国务院常务会议原则通过《反垄断法（草案）》
 - 2006年6月，《反垄断法（草案）》第一次审议
 - 2007年6月，《反垄断法（草案）》第二次审议
 - 2007年8月30日，《反垄断法（草案）》第三次审议，8月30日通过
 - 2008年8月1日，开始实施

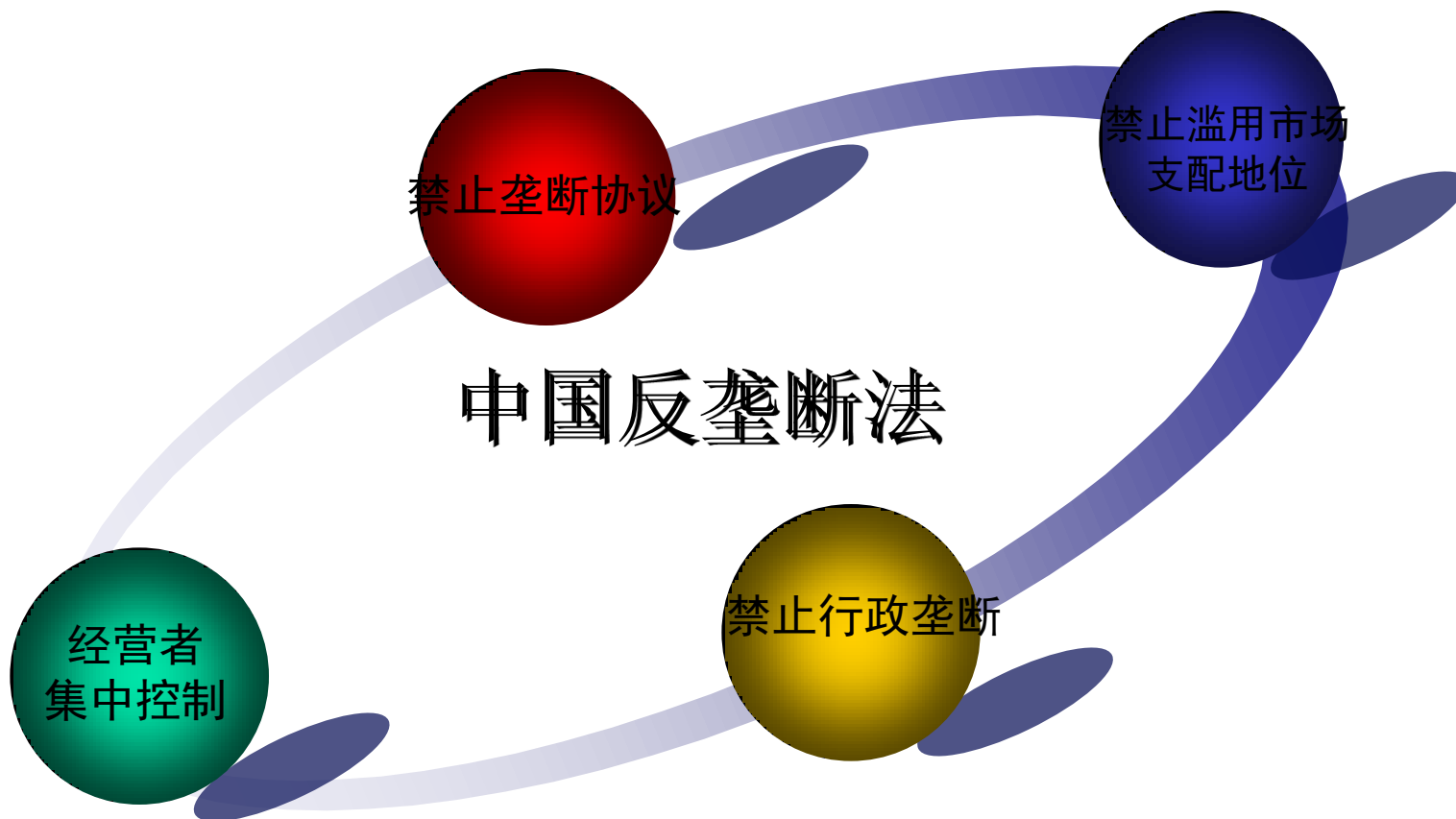


反垄断法主要内容

- 第一章 总 则（1-11）
- 第二章 垄断协议（13-16）
- 第三章 滥用市场支配地位（17-19）
- 第四章 经营者集中（20-31）
- 第五章 滥用行政权力排除、限制竞争（32-37）
- 第六章 对涉嫌垄断行为的调查（38-45）
- 第七章 法律责任（46-54）
- 第八章 附 则（55-57）



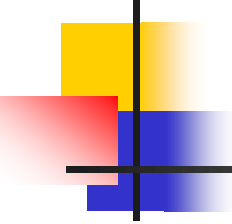
反垄断法的四大支柱





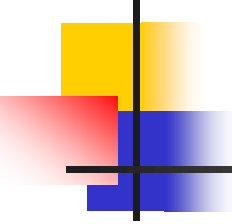
几大支柱之间的关系

- 与欧美不同，除了经济垄断的三大支柱，我国反垄断法还规范行政性垄断，这是由我国改革开放前曾长期实行计划经济体制的特定国情决定的。
- 三大支柱指的是禁止垄断协议、禁止滥用市场支配地位和控制经营者集中。概括地讲，反垄断法的任务就是防止市场上出现垄断企业，并对已经产生的垄断企业的行为进行监督，防止它们滥用市场支配地位。
- 如果说禁止垄断协议和滥用市场支配地位是对已经发生的垄断行为的惩治，那么控制经营者集中就是对尚未发生的垄断行为的预防，防患于未然，从源头上防止垄断性市场结构，减小垄断协议和支配地位发生的可能性。



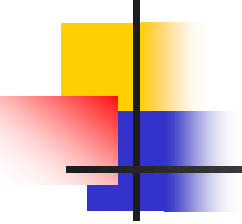
禁止行政垄断

- 限定交易
- 妨碍商品在地区间自由流通
- 排斥或者限制外地经营者参加本地的招标投标活动
- 排斥或者限制外地经营者在本地投资或者设立分支机构
- 强制经营者从事垄断行为
- 制定含有排除、限制竞争内容的规定



禁止垄断协议

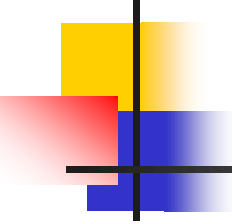
- 定义：本法所称垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。
- 横向协议
 - 固定价格
 - 限制数量
 - 分割市场
 - 限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品
 - 联合抵制
- 纵向协议
 - 固定向第三人转售商品的价格
 - 限定向第三人转售商品的最低价格



■ 横向协议的豁免情形

- 改进技术、研究开发新产品的
- 统一产品规格、标准或者实行专业化分工的
- 增强中小经营者竞争力的
- 为实现社会公共利益的
- 因经济不景气
- 为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的
- 法律和国务院规定的其他情形

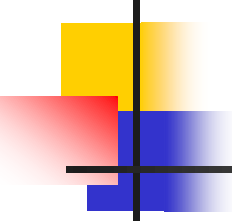
- 属于前款第一项至第五项情形，不适用本法第十三条、第十四条规定的，经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。



滥用市场支配地位

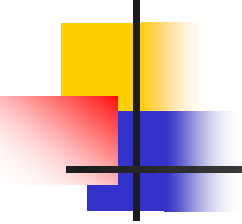
■ 定义

- 本法所称市场支配地位，是指经营者在**相关市场**内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的**市场地位**。



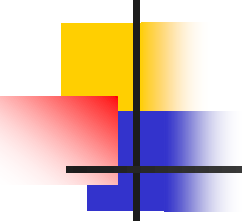
■ 市场支配地位的认定

- 该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况
- 该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力
- 该经营者的财力和技术条件
- 其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度
- 其他经营者进入相关市场的难易程度
- 其他因素



■ 市场支配地位的推定

- 一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的
 - 两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的
 - 三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的
-
- 有前款第二项、第三项规定的情形，其中有的经营者市场份额不足十分之一的，不应当推定该经营者具有市场支配地位
 - 被推定具有市场支配地位的经营者，有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位



■ 滥用市场支配地位的行为

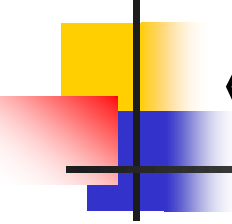
- 不公平的高价或低价
- 掠夺性定价
- 拒绝交易
- 指定交易
- 搭售
- 交易歧视
- 其他行为



经营者集中反垄断审查制度

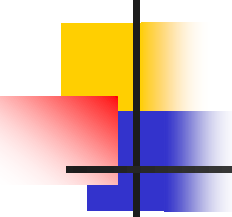
相关法律规定：《反垄断法》第四章，共计11条，占19%（11/57），仅次于总则（12条）

- 经营者集中定义
- 事先申报原则
- 免于申报情形
- 申报材料
- 审查程序
- 审查因素
- 审查决定
- 国家安全审查



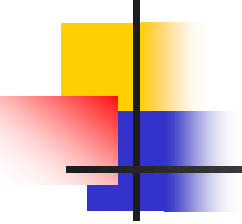
《反垄断法》有关经营者集中方式的规定

- (一) 经营者**合并**；
- (二) 经营者取得对其他经营者的**控制权**：通过取得股份或者资产的方式；
- (三) 经营者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**：通过合同等方式。



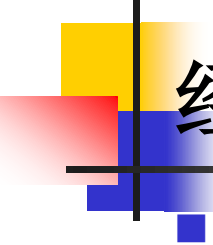
“控制权”与“施加决定性影响”的关系

- 关于核心概念的表述，欧盟立法中有关“控制”的原文为“**control**”，没有“权”的含义，“控制权”属于翻译问题。
- “控制权”与“施加决定性影响”不是并列关系。“施加决定性影响”是“控制”的题中应有之义，是对“控制”的解释。《并购条例》对“控制”明确界定为“施加决定性影响的可能性”。
- 在《指导意见》中涉及“控制权”的地方应改为“控制”，并且，无需在“控制”后面跟着“或者施加决定性影响”。



“控制”的含义

- “控制”分单独控制和共同控制
- 通常情况下，股权比例越高，拥有的投票权比例越高，施加的控制能力越强。积极控制
- 特殊情况下，股权比例低的小股东可以通过否决**重要战略决策**施加控制。消极控制
- **重要战略决策**通常包括如下事项：重要人事任命权、年度预算、发展规划、重大投资等。



经营者集中申报制度

集中的事前申报：美国、德国、欧盟等多数国家和地区采用此项制度。

- **集中的事后申报：**阿根廷、西班牙等少数国家实行事后申报制度。
- **集中的自愿申报：**英国、法国、澳大利亚、新西兰、挪威等国实行自愿申报制度。

煎饼果子

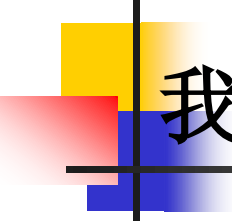


[返回](#)



我国采用事前申报制度

- 《反垄断法》第21条规定，经营者集中达到国务院规定的申报标准的，经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报，未申报的不得实施集中。



我国经营者集中的申报标准

根据《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第三条规定，经营者集中达到下列标准之一的，经营者应当事先向国务院商务主管部门申报，未申报的不得实施集中：

- （一）参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过**100亿**元人民币，并且其中至少两个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；
- （二）参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过**20亿**元人民币，并且其中至少两个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。



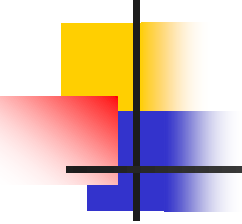
申报标准的适用

- **申报数量标准的前提：**交易必须构成“集中”，即满足第20条的标准，导致控制权或者施加决定性影响的变化。
- **申报数量标准的理解：**集中参与方在中国境内营业额达到或超过4亿元人民币是前提，其含义就是集中必须与中国市场有关联并且关联到一定程度，否则无法适用第二条规定的“域外适用原则”。
- **域外适用原则：**根据第2条，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。例如：辉瑞收购惠氏。



未达标准的申报

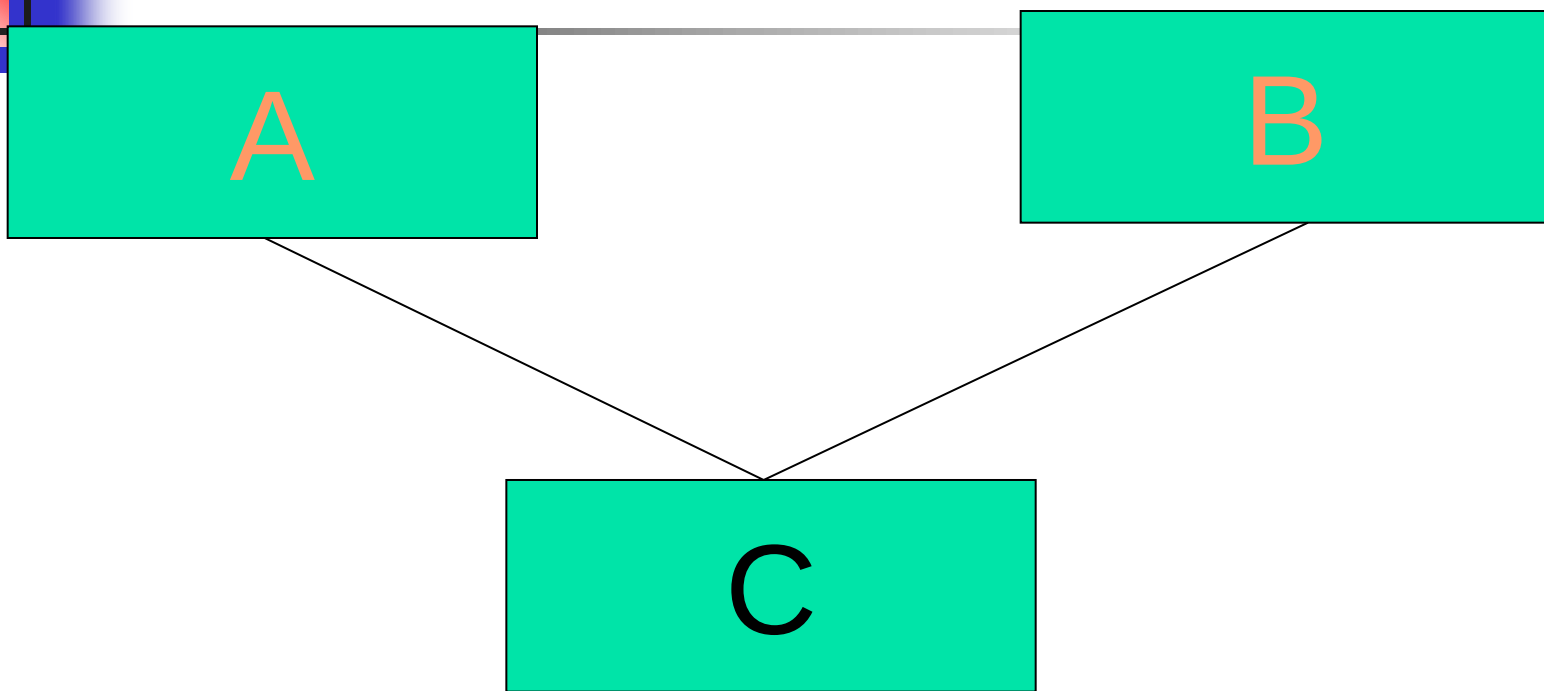
根据《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第4条，经营者集中未达到第三条规定的申报标准，但按照规定程序收集的事实和证据表明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院商务主管部门应当依法进行调查。



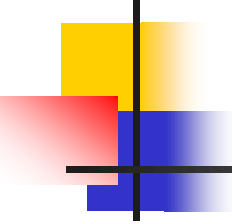
谁是参与集中的经营者？

根据具体交易情况来确定。

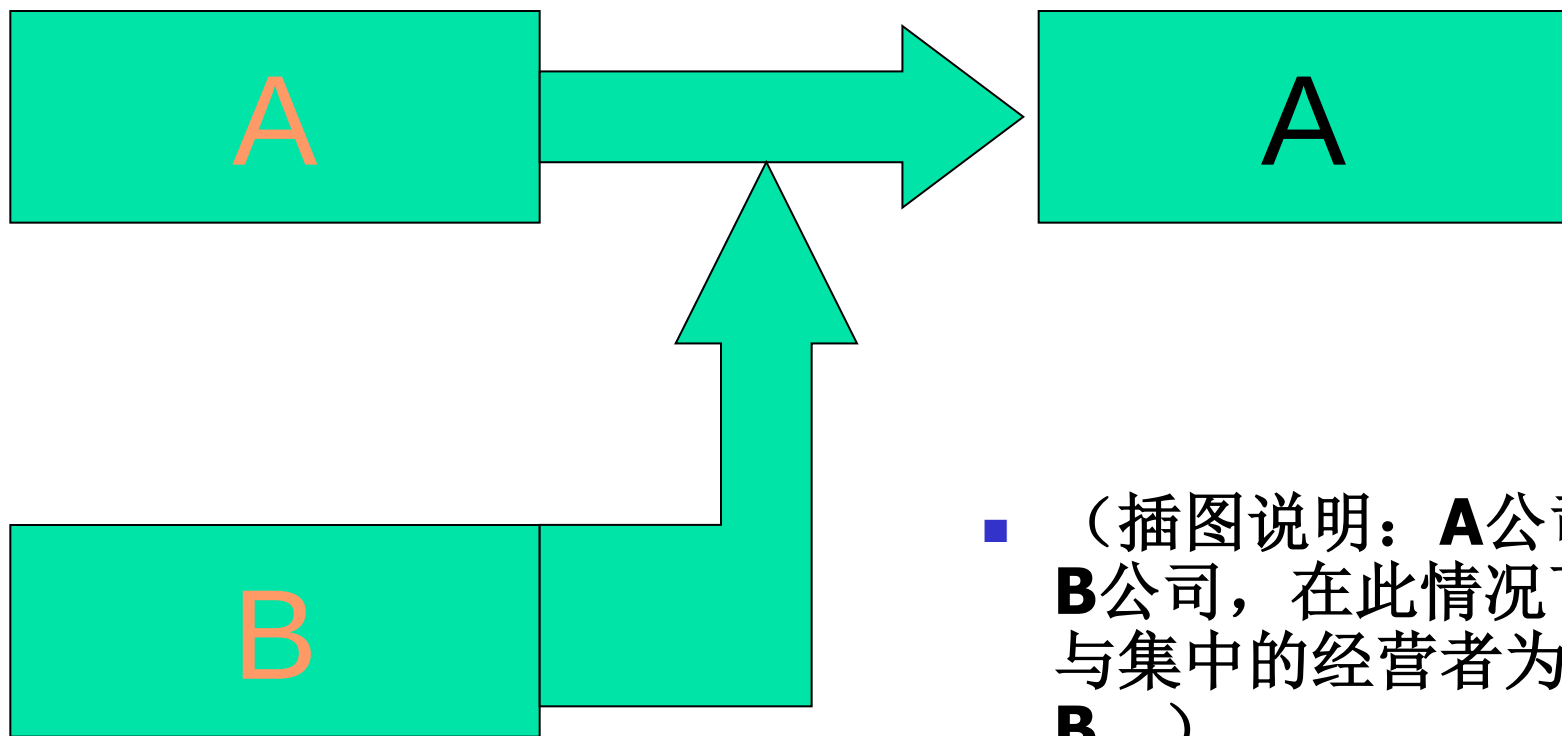
新设合并



- （插图说明：**A**公司与**B**公司通过新设合并，组成另外一家公司**C**，在此情况下，参与集中的经营者为**A**与**B**。）



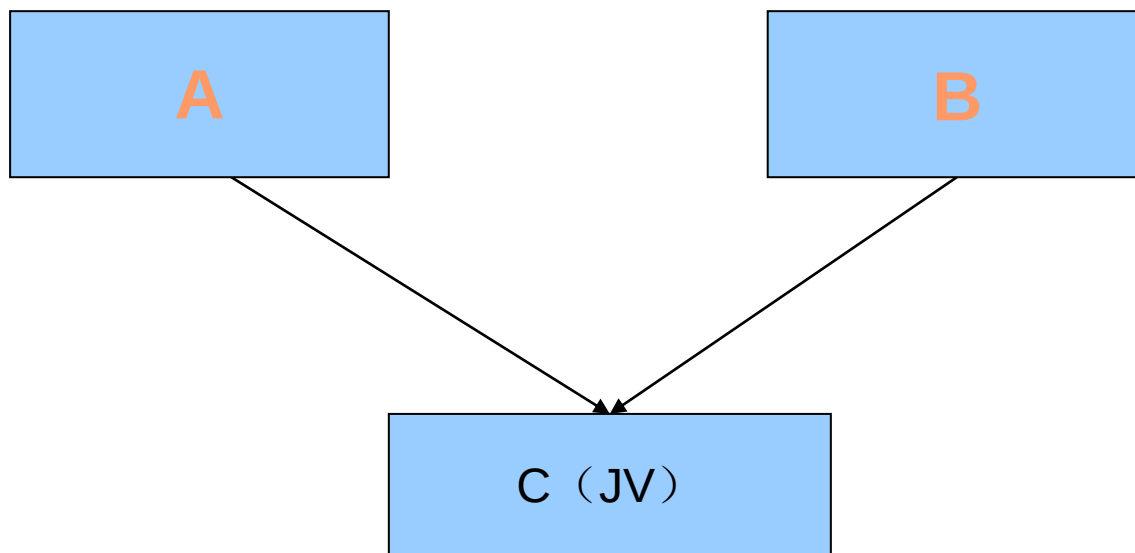
吸收合并



- （插图说明：**A**公司吸收**B**公司，在此情况下，参与集中的经营者为**A**与**B**。）

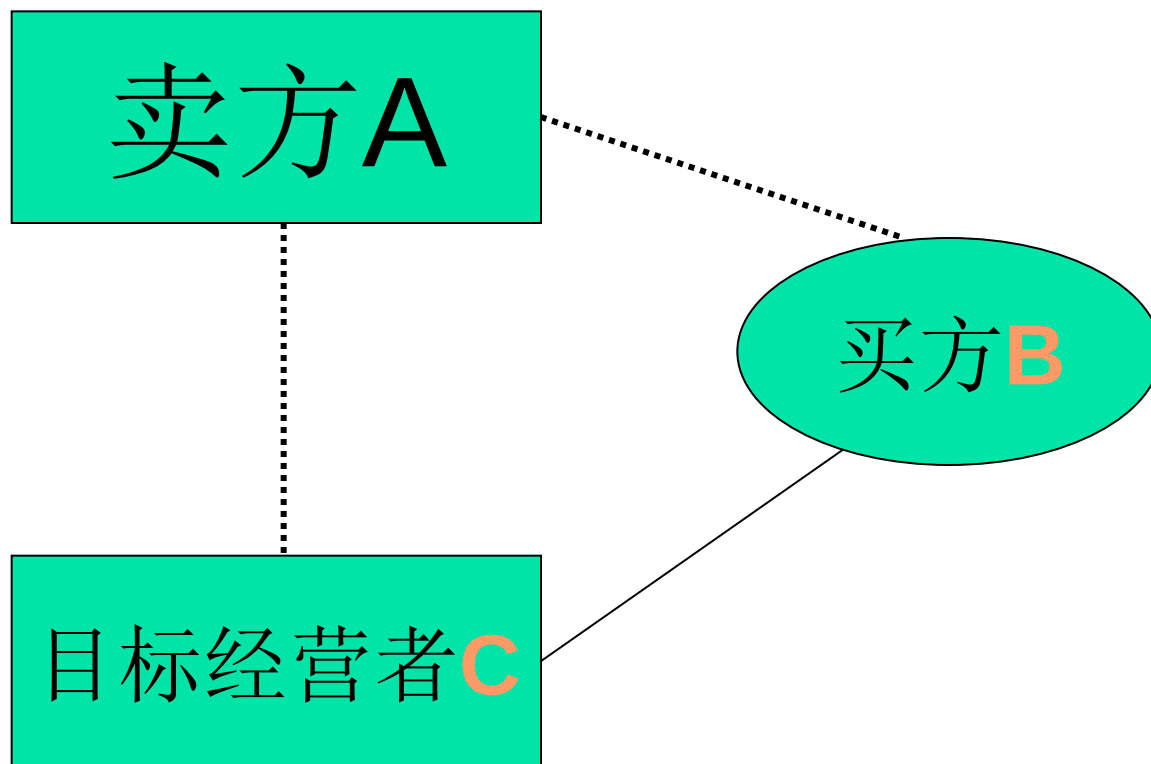
新设合营企业

- （插图说明：**A**公司与**B**公司共同设立一家合营公司**C**，在此情况下，参与集中的经营者为**A**与**B**。与新设合并有何区别？）



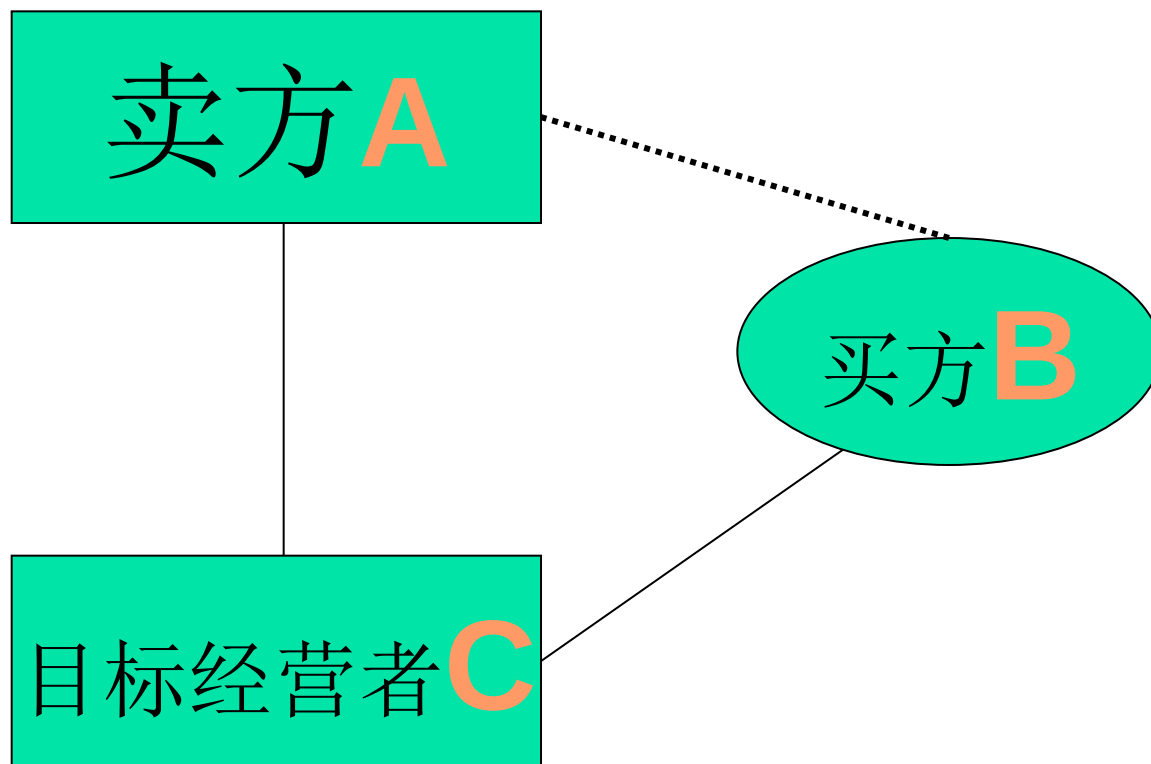
图示（1）

（插图说明：买方**B**公司从卖方**A**处取得目标经营者**C**公司的全部股权，从而取得对**C**的控制，在此情况下，参与集中的经营者为**B**和**C**。）



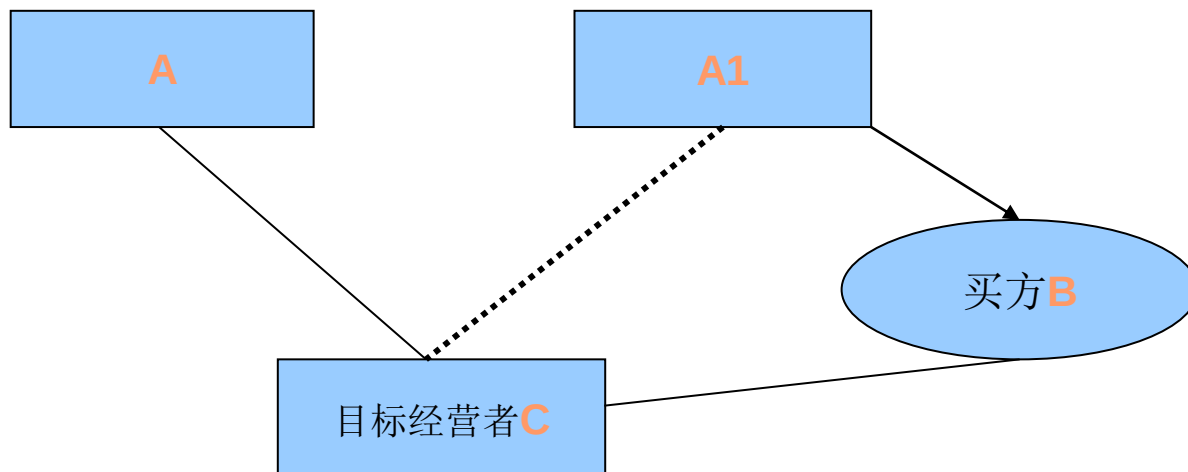
图示（2）

（插图说明：买方**B**公司从卖方**A**处取得目标经营者**C**公司的部分股权，从而与卖方**A**共同控制目标经营者**C**，在此情况下，参与集中的经营者为**A**、**B**与**C**。）



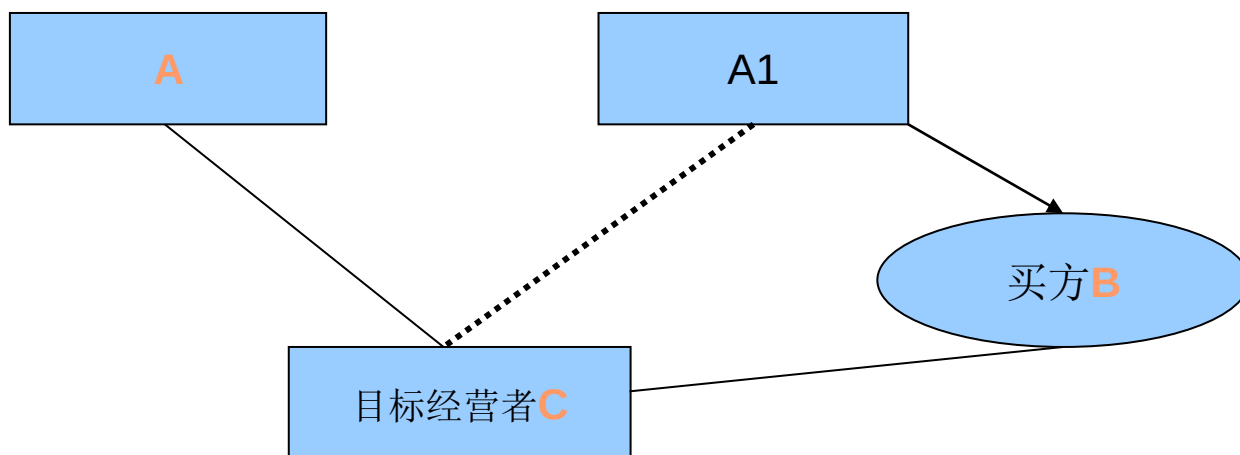
图示（3）：进入

- （买方**B**通过收购**A1**持有的目标经营者**C**的**部分股份**进入目标经营者**C**，形成**A**、**A1**与**B**共同控制目标经营者**C**。在此情况下，**A**、**A1**、**B**以及目标经营者**C**均为参与集中的经营者。）



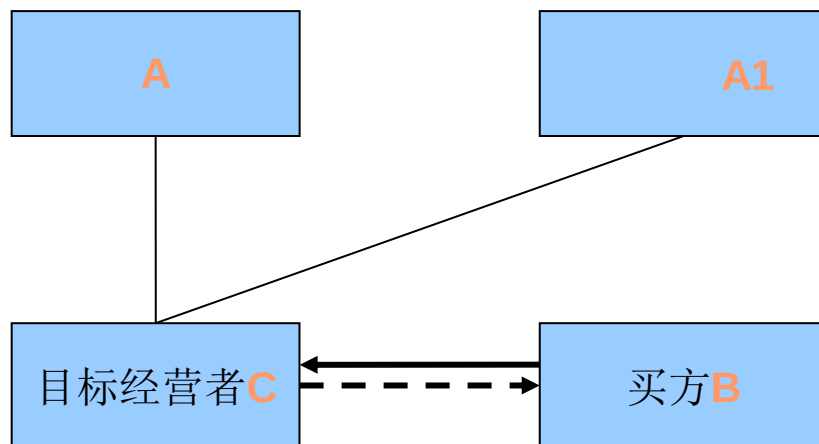
图示（4）：取代

- （买方**B**通过收购**A1**持有的目标经营者**C**的**全部股份**，形成**A**与**B**共同控制目标经营者**C**，在此情况下，参与集中的经营者为**A**、**B**以及目标经营者**C**。）



图示（5）

- （**A**与**A1**共同控制目标经营者**C**，买方**B**认购目标经营者**C**增发的股份，取得对目标经营者**C**的控制。交易完成后，**A**、**A1**与**B**共同控制目标经营者**C**。在此情况下，参与集中的经营者为**A**、**A1**、**B**以及目标经营者**C**。）

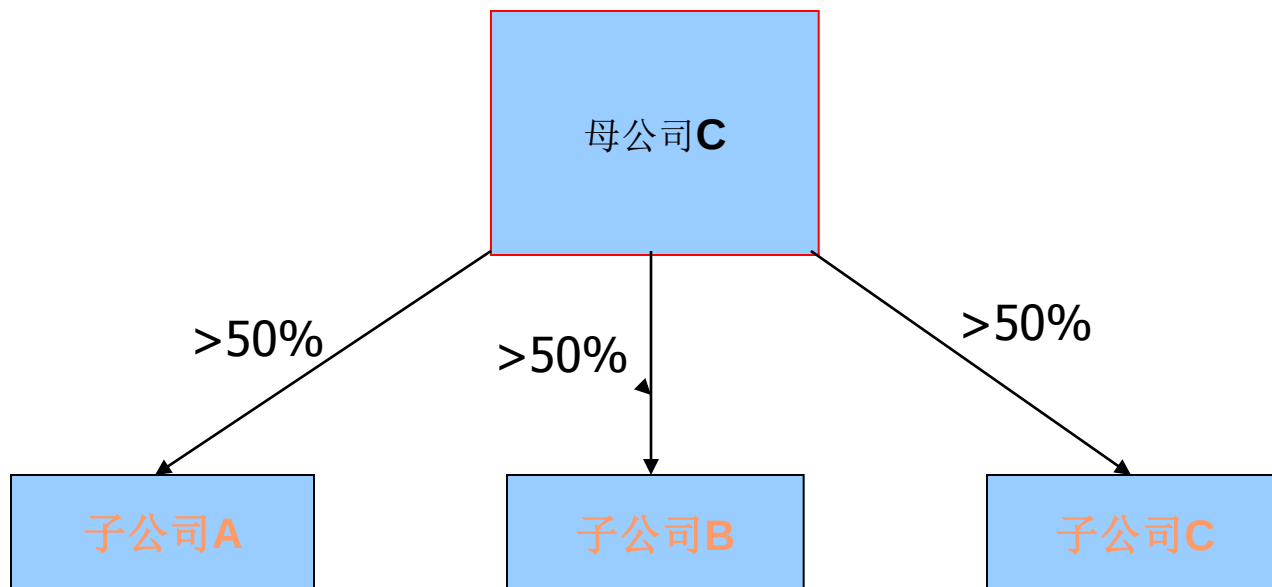
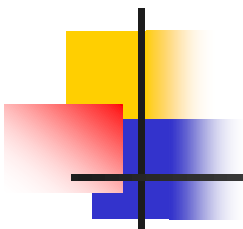


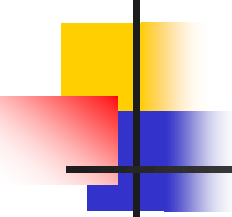


申报豁免制度

- 《反垄断法》第22条豁免了“母子公司之间”、“兄弟公司之间”的集中申报义务。
- 参与集中的一个经营者拥有其他每个经营者百分之五十以上有表决权的股份或者资产的；
- 参与集中的每个经营者百分之五十以上有表决权的股份或者资产被同一个未参与集中的经营者拥有的。

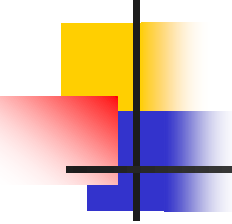
理由：“控制关系”没有发生变化





申报材料（第23条）

- 申报书
- 集中对相关市场竞争状况影响的说明（申报方抗辩理由）
- 集中协议（是否构成集中）
- 参与集中的经营者经会计师事务所审计的上一会计年度财务会计报告（营业额）
- 参与集中的经营者的名称、住所、经营范围（经营者）
- 预定实施集中的日期（审查期限）
- 商务部规定的其他事项



申报材料的补充（第24条）

- 经营者提交的文件、资料不完备的，应当在商务部规定的期限内补交文件、资料。
- 补充的重点：申报方抗辩理由，包括竞争对手、市场份额、相关产品界定
- 逾期后果：经营者逾期未补交文件、资料的，视为未申报。

我国经营者集中的审查期限

第一阶段

第二阶段

延长阶段

从立案开始
计算

30日

第25条

从发布第二
阶段通知开
始计算

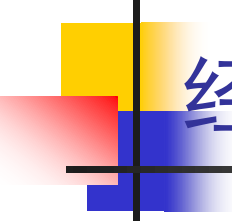
90日

第26条

从结束第二
阶段开始

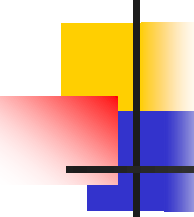
60日

第26条



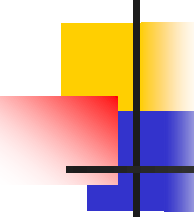
经营者集中审查的要素（第27条）

- （一）参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力；
- （二）相关市场的市场集中度；
- （三）经营者集中对市场进入、技术进步的影响；
- （四）经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响；
- （五）经营者集中对国民经济发展的影响；
- （六）其他因素。



经营者集中审查结果

- **禁止**—集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，如可口可乐公司收购中国汇源公司案（第28条）
- **不予禁止**—经营者**能够证明**该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响，或者符合社会公共利益的（第28条）。
- **附加限制条件批准**—对不予禁止的集中，对不予禁止的经营者集中，商务部可以决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件（第29条）。



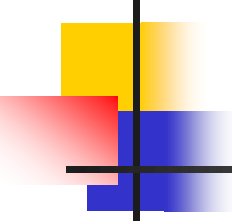
经营者集中的法律责任

我国立法

经营者违反规定实施集中的，可处50万元以下的罚款，并可以责令停止实施集中或者责令限期处分股份、资产，转让营业以及采取其他必要措施恢复到经营者集中前的状态（第48条）。

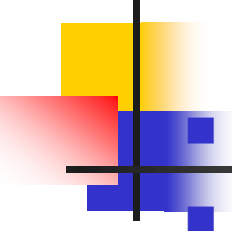
参考立法

- 美国：《克莱顿法》第7A条规定，任何企业或其管理人员、董事、合伙人等，若不遵守本规定，违法实施并购，对其违反该法的每天罚以1万美元以下的罚款。
- 欧盟：虚假申报（罚款金额年总销售额的1%以下）、违反决定的并购（罚款金额年总销售额的10%以下）



审查程序

- 申报前商谈
- 立案
- 初步审查（第一阶段审查）
- 初步审查决定
- 进一步审查通知（第二阶段审查）
- 补救措施
- 进一步审查决定
- 限制性条件的实施监督



重要案件

截至目前，公告的案件共**10**起：

- 1个禁止：可口可乐公司收购中国汇源公司
- 9个附加限制性条件：
 - 英博啤酒公司收购**AB**啤酒公司：第一阶段，行为行救济
 - 三菱丽阳收购璐彩特：第二阶段，产能剥离，皇冠剥离
 - 通用汽车收购德尔福：行为行救济
 - 辉瑞公司收购惠氏公司：资产剥离（核心资产剥离）
 - 松下公司收购三洋公司：资产剥离、股权减持
 - 诺华收购爱尔康：停止销售产品、终止销售协议
 - 俄罗斯乌钾收购谢钾：销售做法、程序、价格
 - 佩内洛普收购萨维奥：资产剥离
 - 通用中国与神华煤制油设立合营企业：行为救济

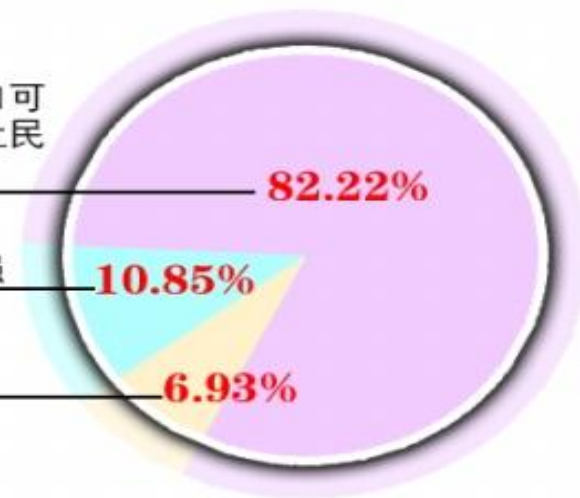
可口可乐并购汇源案



理由充分合理，可口可乐涉嫌垄断，不能让民族品牌无活路

能理解，但理由牵强

不合理，理由完全站不住脚



- 跨国饮料巨头对我国饮料行业民族品牌的收购；
- 可口可乐在碳酸饮料市场的支配力传导至果汁市场，将产生排除、限制竞争的效果；
- 禁止该并购，可防止跨国公司垄断我国饮料市场，确保民族品牌的独立性，保护我国消费的选择权。

松下收购三洋案



➤ 两家日本跨国公司的境外并购，我部实施域外管辖；

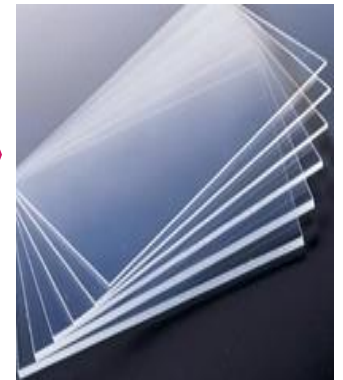
➤ 要求硬币型锂电池、民用和车用镍氢电池三个产品限期剥离相关业务和知识产权；

➤ 体现了我国统筹考虑国内、国际两个市场，从全球竞争的角度，有利于我国经济的健康发展。



日本三菱丽阳收购璐彩特案

- 日本和英国公司之间的境外并购，将对我国甲基丙烯酸甲酯（MMA）产品市场竞争产生不利影响；
- 要求璐彩特中国公司剥离50%的产能，调整和优化了我国MMA市场的竞争结构，提高了我国利用外资的质量和水平。



英博啤酒收购AB啤酒案



英博-AB及SAB 在华主要控股情况

英博系 雪津100% 金狮100%
 龙泉60% 珠江24%



AB系 哈尔滨100% 青岛27%

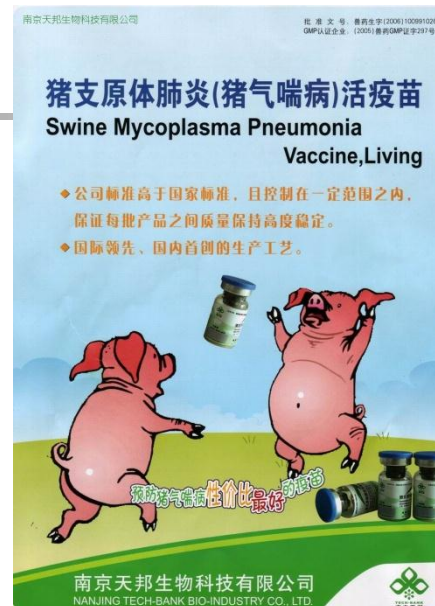
SAB系

VS 南方都市报
www.nddaily.com

雪花49%

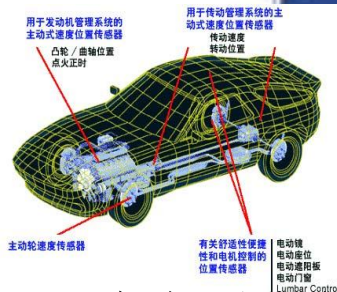
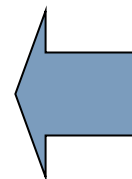
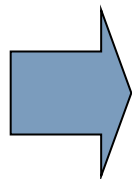
- 跨国啤酒巨头间的并购，涉及在华啤酒市场竞争激青啤的控股权；
- 要求双方不得增加在青岛啤酒和珠江啤酒的持股比例，不得寻求持有雪花啤酒和燕京啤酒的股份；
- 防止了外资对青岛啤酒的控股，保护了中国知名品牌，维保了中国啤酒市场有效竞争的市场结构。

辉瑞收购惠氏案



- ▶ 两家跨国制药企业之间的境外并购，将对中国猪支原体肺炎疫苗市场竞争产生不利影响（两者市场份额合计达到49.4%）；
- ▶ 要求辉瑞剥离在中国境内的猪支原体肺炎疫苗业务及知识产权；
- ▶ 中国企业有机会获得剥离业务和关键知识产权，促进跨国公司技术转让。

通用汽车收购德尔福案

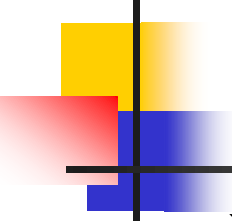


- 美国汽车制造企业和汽车零部件企业间的并购，可能对我国汽车市场和零部件市场竞争产生不利影响；
- 提出了对合并后企业的多项约束性要求，使我国相关企业不受到并购的负面影响；
- 维护了我国汽车整车企业和零部件企业的利益，确保了我国汽车产业的充分竞争和健康发展。

诺华收购爱尔康案



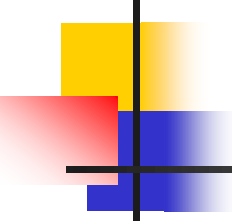
- 眼科抗炎/抗感染化合物和隐形眼镜护理产品的并购，可能对我国上述市场竞争产生不利影响；
- 5年内，诺华不得重新将易妥芬产品或以新名称出现的同样产品投放中国市场；诺华终止上海视康与海昌隐形眼镜公司之间的《销售和分销协议》；
- 维护了我国眼药和眼部护理产品消费者的利益，确保了我国眼科抗炎/抗感染化合物和隐形眼镜护理产品行业的充分竞争和健康发展。



案例分析

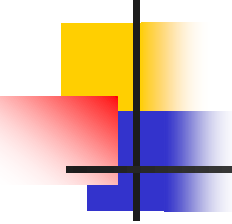
- **立案和审查过程。**2008年9月18日，可口可乐公司向商务部递交了申报材料。9月25日、10月9日、10月16日和11月19日，可口可乐公司根据商务部要求对申报材料进行了补充。11月20日，商务部认为可口可乐公司提交的申报材料达到了《反垄断法》第二十三条规定的标准，对此项申报进行立案审查，并通知了可口可乐公司。由于此项集中规模较大、影响复杂，2008年12月20日，初步阶段审查工作结束后，商务部决定实施进一步审查，书面通知了可口可乐公司。在进一步审查过程中，商务部对集中造成的各种影响进行了评估，并于2009年3月20日前完成了审查工作。

案例分析



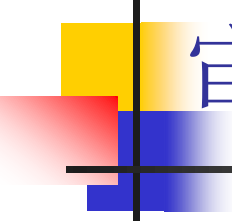
申报标准

- 集中：可口可乐公司收购中国汇源公司**100%**股权，交易后，汇源成为可乐的全资，属于吸收合并。
- 营业额：可乐公司和汇源公司上一个年度在中国境内营业额分别为**91.2亿**和**25.9亿**，均超过**4亿元**人民币。
- 达到了集中的申报标准。



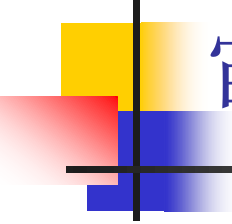
立案和审查过程

- 2008年9月18日，可口可乐公司向商务部递交了申报材料。
- 9月25日、10月9日、10月16日和11月19日，可口可乐公司根据商务部要求对申报材料进行了补充。
- 11月20日，商务部认为可口可乐公司提交的申报材料达到了《反垄断法》第二十三条规定的标准，对此项申报进行立案审查，截止日为12月20日。
- 2008年12月20日，初步阶段审查工作结束后，商务部决定实施进一步审查，截止日为2009年3月20日。
- 2009年3月18日作出审查决定，禁止此项交易。



审查内容

- （一）参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力；
- （二）相关市场的市场集中度；
- （三）经营者集中对市场进入、技术进步的影响；
- （四）经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响；
- （五）经营者集中对国民经济发展的影响；
- （六）其他因素。



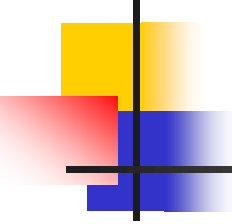
审查工作

- **研究申报材料：**商务部对此项申报依法进行了审查，对申报材料进行了认真核实，对此项申报涉及的重要问题进行了深入分析。
- **审查方式：**通过书面征求意见、论证会、座谈会、听证会、实地调查、委托调查以及约谈当事人等方式
- **调查对象：**相关政府部门、相关行业协会、果汁饮料企业、上游果汁浓缩汁供应商、下游果汁饮料销售商、集中交易双方、可口可乐公司中方合作伙伴以及相关法律、经济和农业专家。



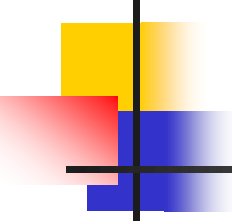
竞争损害理论

- 横向并购
 - 单边效应
 - 协同效应
- 纵向并购
 - 供应封锁；
 - 客户封锁
- 混合并购：
 - 杠杆效应；
 - 捆绑销售



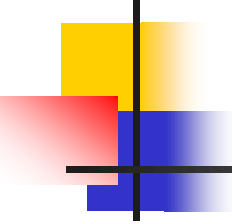
单边效应

- 合并最直接的影响是参与合并的企业之间失去竞争
- 竞争约束的减少可能造成相关产品价格的大幅度提高
- 合并使收购方的一个企业的市场份额增大，可能产生或加强其市场支配地位，或者，形成收购方与少数未参与合并的几家企业联合取得市场支配地位



单边效应（续）：合并企业拥有较大市场份额

- 市场份额越大，企业就越有可能拥有市场势力
- 市场份额增加越大，合并就越有可能导致市场势力的大幅度增加
- 市场份额及其增量不是衡量市场势力的唯一因素，但是最重要的因素



单边效应（续）：合并企业之间存在紧密竞争关系

- 两个合并企业产品之间的替代程度越高，合并后，合并企业就越有可能大幅度提高产品价格：第一选择和第二选择
- 合并企业与竞争对手的产品之间替代性越高，交易后，合并企业提高价格的可能性越小
- 替代程度：客户忠诚度、购买方式、交叉价格弹性、分流比

竞争问题。审查工作结束后，商务部依法对此项集中进行了全面评估，确认集中将产生如下不利影响：

1、集中完成后，可口可乐公司有能力将其在碳酸软饮料市场上的支配地位传导到果汁饮料市场，对现有果汁饮料企业产生排除、限制竞争效果，进而损害饮料消费者的合法权益。

2、品牌是影响饮料市场有效竞争的关键因素，集中完成后，可口可乐公司通过控制“美汁源”和“汇源”两个知名果汁品牌，对果汁市场控制力将明显增强，加之其在碳酸饮料市场已有的支配地位以及相应的传导效应，集中将使潜在竞争对手进入果汁饮料市场的障碍明显提高。

3、集中挤压了国内中小型果汁企业生存空间，抑制了国内企业在果汁饮料市场参与竞争和自主创新的能力，给中国果汁饮料市场有效竞争格局造成不良影响，不利于中国果汁行业的持续健康发展。

- **附加限制性条件的商谈。**为了减少审查中发现的不利影响，商务部与可口可乐公司就附加限制性条件进行了商谈。商谈中，商务部就审查中发现的问题，要求可口可乐公司提出可行解决方案。可口可乐公司对商务部提出的问题表述自己的看法，并先后提出了初步解决方案及其修改方案。经过评估，商务部认为可口可乐公司针对影响竞争问题提出的救济方案，仍不能有效减少此项集中产生的不利影响。



■ **审查决定：** 鉴于上述原因，根据《反垄断法》第二十八条和第二十九条，商务部认为，此项经营者集中具有排除、限制竞争效果，将对中国果汁饮料市场有效竞争和果汁产业健康发展产生不利影响。鉴于参与集中的经营者没有提供充足的证据证明集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响或者符合社会公共利益，在规定的时间内，可口可乐公司也没有提出可行的减少不利影响的解决方案，因此，决定禁止此项经营者集中。