

[国际律师协会标识]

2020年1月27日

[国家市场监督管理总局]

电邮: []

关于: 《反垄断法》修订草案 (公开征求意见稿)

敬启者,

随附请见国际律师协会反托拉斯法部门合并工作组 (“**工作组**”) 就国家市场监督管理总局 (“**市场监管总局**”) 公布的《反垄断法》修订草案 (公开征求意见稿) 所提交的意见。

如有需要, 反托拉斯法部门联席主席以及工作组成员将非常乐意与贵局代表就所提交的意见进行更为细致的讨论。

此致

敬礼

Daniel G Swanson

反托拉斯法部门联席主席

Thomas Janssens

反托拉斯法部门联席主席

抄送: Catriona Hatton 及 Neil Campbell

国际律师协会合并工作组就《反垄断法》修订草案（公开征求意见稿）向国家市场监督管理总局提交的意见

1. 绪言

- 1.1 本意见谨代表国际律师协会¹反托拉斯法部门合并工作组（“工作组”）的意见呈报国家市场监督管理总局（“市场监管总局”）。
- 1.2 国际律师协会是由国际法律从业人员、律师协会及律师公会组成的全球性领先组织。国际律师协会极为关注国际法律改革进展，并致力于塑造全球法律专业人士的未来。国际律师协会代表了全球法律界的声音。²
- 1.3 国际律师协会有 55,000 多名来自全球各地的律师成员，其中很多来自中国。国际律师协会反托拉斯法部门的竞争法从业人员拥有多个司法辖区背景以及丰富的从业经验，从而使反托拉斯法部门在就竞争法及执法实践发展提供国际比较分析方面居于独特的地位。³
- 1.4 工作组非常感谢能有机会向市场监管总局提交本意见，并期待能为市场监管总局目前就《反垄断法》（“《反垄断法》”）修订草案所进行的公开征求意见工作做出建设性贡献。
- 1.5 工作组在提出意见时借鉴了其成员在反垄断法方面的丰富经验以及欧洲联盟（“欧盟”）和全球其他主要经营者集中审查司法辖区内的实践。
- 1.6 市场监管总局为对《反垄断法》进行修订以提升中国竞争法和经营者集中审查的有效性付出了大量努力，工作组对此表示赞赏。工作组亦对市场监管总局就《反垄断法》修订草案公开征求意见表示欢迎。工作组特提交以下意见供市场监管总局参考，下述意见的重点仅在修订草案中的经营者集中审查方面。
- 1.7 具体而言，工作组提交的意见重点涉及：
- (a) 经营者集中的程序性违法处罚金额提高；
 - (b) 新增对于控制权的定义；
 - (c) 新增“停表”机制；
 - (d) 未来针对申报标准的调整；以及
 - (e) 可能会对未达申报标准的经营者集中进行审查；
- 1.8 就上述每一问题，工作组谨认为：进一步加以明确和/或就实践中的适用问题制定单独的指南将会使修订草案更加完善。

2. 针对抢跑及其他程序性违法行为的处罚

- 2.1 （除加大与反垄断执法相关的程序性违法的处罚之外）对于与经营者集中有关的某些程序性违法行为，修订草案也增加了处罚金额。

¹ 国际律师协会（International Bar Association or IBA）。

² IBA 详情请见 <http://www.ibanet.org>。

³ IBA 反托拉斯法部详情请见 <https://ibanet.org/LPD/Antitrust-Section/Antitrust/Default.aspx>。

国际律师协会合并工作组 — 就《反垄断法》修订草案向国家市场监督管理总局提交的意见

- 2.2 具体而言，经营者集中具有以下情形之一的，第 55 条规定将经营者集中程序性违法行为的最高处罚金额由人民币 500,000 元（约合 72,000 美元）增加至相关经营者上一年度销售额百分之十：
- (a) 应当申报而未申报即实施集中的；
 - (b) 申报后未经批准实施集中的（即“抢跑”）；
 - (c) 违反附加限制性条件决定的；以及
 - (d) 违反禁止经营者集中的决定实施集中的。
- 2.3 工作组理解增加处罚金额是希望增强经营者集中违法的威慑效应。⁴工作组认为上述修订将使依据《反垄断法》采取的措施与欧盟和美国等司法辖区一致，在欧盟和美国，程序性违法行为（尤其是抢跑和应当申报而未申报即实施集中的）会面临极为严厉的经济处罚。⁵
- 2.4 为确保集中各方能够更为清楚地理解，明确如下问题将会很有帮助：
- (a) 罚款金额是参照经营者全球范围还是中国境内营业额计算、是参照整个集团营业额计算还是仅参照受该集中影响的部分的营业额计算。工作组理解之前针对反垄断违法行为采取过更宽泛的方法，即市场监管总局在计算罚款金额时参照的是经营者全部营业额、而不是受涉嫌违法行为影响的营业额。工作组谨认为：在计算可能的最高罚款金额时，没有理由将中国境外营业额、和/或与集中无关的营业额包含在内。
 - (b) 将现有固定的最高罚款金额增加至营业额的 10% 是适用于所有类型的集中、还是会对可能导致反竞争效果的集中以及例如不会导致竞争担忧的无重叠集中之间进行区分。就此，工作组谨指出：针对集中过程中程序性违法（见以上第 2.2(a)-(d) 段）的罚款金额可能远高于反垄断调查中程序性违法（比如，不配合或阻碍反垄断调查）的罚款金额——而且可能甚至高于违反《反垄断法》中实体法所处的罚款。这一结果可能并非《反垄断法》修订的初衷并且可能与《反垄断法》框架内一贯的比例原则相悖。
- 2.5 鉴于以上所述，工作组谨建议进一步明确现有《反垄断法》修订草案中营业额的计算方法，并期待在修订后的《反垄断法》中能够提供进一步指引和/或在《反垄断法》修订草案实施时颁布清晰详细的指南。
- ### 3. 控制权
- 3.1 第 23 条对“控制权”进行了明确定义，即“经营者直接或者间接，单独或者共同对其他经营者的生产经营活动或者其他重大决策具有或者可能具有决定性影响的权利或者实际状态。”

⁴ 鉴于应向市场监管总局申报之交易中集中各方在中国的营业额至少为 4 亿元人民币，这远高于现有罚款水平（500,000 元人民币）。

⁵ 有关 20 多个主要司法辖区的抢跑规定及处罚详述可参见 Concurrences 于 2019 年出版的由 Catriona Hatton, Yves Comtois & Andrea Hamilton 主编的《合并控制中的抢跑 — 司法辖区指南》。

国际律师协会合并工作组 — 就《反垄断法》修订草案向国家市场监督管理总局提交的意见

- 3.2 工作组谨认为加入对“控制权”的定义是有帮助的，尤其是明确控制权需要具有决定性影响而且控制权可以单独或共同行使。“决定性影响”是全球很多司法辖区（包括欧盟）采纳的标准。⁶
- 3.3 控制权定义中提及“生产经营活动或者其他重大决策”也是一个非常积极的变化。但工作组谨建议进一步明确控制权需要能够决定相关经营者的战略商业行为（而且明确比如负责日常经营事务本身并不足以构成控制权）。
- 3.4 工作组还欢迎就构成控制权的以下其他方面提供指导意见：
- (a) 市场监管总局认为足以构成共同控制的否决权类型，以及相较而言通常不被认为足以构成控制权的少数股东保护权类型。
 - (b) 市场监管总局认为不具有控制权的情况。这方面的一个很好的例子是“轮转联盟⁷”的概念；很多机构（例如欧盟委员会）认为，由于在决策过程中缺乏固定的多数票以及可以通过不同的股东组合达成多数票不应算作共同控制。
 - (c) 确认在股东人数减少但未导致共同控制权变更为单独控制权的情况下，不构成应申报的集中。
- 3.5 如果市场监管总局决定发布进一步指导意见，工作组认为寻求国际通用的认定方式而不采用更宽泛的认定方式是有利的：
- (a) 市场监管总局已经是一个繁忙的执法机构，每年处理的交易数量不断增加。采用更宽泛（或更不确定）的“控制权”定义可能会不必要地增加其工作量，并妨碍其专注于那些对中国经济构成实质性问题的交易。
 - (b) 在全球范围内，现有超过 120 个司法辖区有经营者集中审查制度，这极大地增加了从事并购活动和合营企业的复杂性和成本。工作组理解并支持经营者集中审查所发挥的重要作用。但是，如果全球反垄断机构能够采取措施酌情精简或协调各种认定方式（并避免不必要的分歧），这将是值得欢迎的。
- 4. “停表”机制**
- 4.1 **第 30 条**为经营者集中审查引入了“停表”机制，在以下情形下，《反垄断法》规定的经营者集中法定审查期间将暂停或中止：
- (a) 经申报人申请或者同意，暂停审查期间；
 - (b) 经营者按照市场监管总局的要求补交文件或资料的；以及
 - (c) 市场监管总局与各方就附加限制性条件进行磋商的。
- 4.2 该提案似乎旨在解决目前在时限耗尽的最复杂的案件中采取的“撤回重新申报”的做法。在这一点上该提案是值得欢迎的，因为它将避免申报人不得不重新提交申报（从而重新计算审查时限）的行政负担，同时也可以帮助避免少数因为时间不够而非自身问题最终导致不会进行的交易。

⁶ 请参见 2004 年 1 月 20 日颁布的有关经营者集中控制的（EC）第 139/2004 号理事会条例第 3(2)条。

⁷ 轮转联盟（shifting alliances）。

国际律师协会合并工作组 — 就《反垄断法》修订草案向国家市场监督管理总局提交的意见

4.3 但是，工作组对该制度在实践中的应用存在一些担忧，尤其是该制度涉及面广以及由此赋予市场监管总局决定何时行使这一权力的自由裁量权较大，这可能会在以下方面产生不利影响：

- (a) 经营者集中审查的总时限——在市场监管总局近年来为缩短案件（特别是对简易案件）的审查时间而采取的措施值得称赞的背景下；以及
- (b) 对于申报各方来说的可预期性和法律确定性——例如，在经营者集中审查过程中，如果市场监管总局要求补充材料而未得到处理，或在就“附加限制性条件进行磋商”的任何时候，市场监管总局都可以采取“停表”。

4.4 其他司法辖区的经验表明，只有在特殊情况下，“停表”机制才能发挥最佳作用，例如，在如果缺乏申报人的某些信息，审查机关将无法完成其审查，而这些信息经审查机关要求提供后在合理的时间内没有提供的情况下。

4.5 例如，根据《欧共体经营者集中控制条例》⁸第 10 条，经营者集中审查程序只能在“例外的情况下”被中止。《欧共体经营者集中控制条例》的执行细则⁹提供了更多详细信息，并指出在以下情况下可能会发生时中止：

- (a) 正式要求申报人之一或者另一位有关当事人（例如除申报人以外的参与集中的经营者）提供的信息，在指定的时限内没有提供或者没有完全提供；
- (b) 正式要求第三人提供的信息，由于可归责于申报人之一或者另一位有关当事人的情况，在指定的时限内没有提供或者没有完全提供；
- (c) 申报人之一或者另一位有关当事人已经拒绝接受检查，或者拒绝协助此类检查活动；以及
- (d) 申报人未能告知欧盟委员会有关申报文件中的事实的重大变更，或者未能将与申报相关的新信息告知欧盟委员会。

4.6 根据工作组的经验，在实践中，《欧共体并购控制条例》中的“停表”机制在例外的情况下执行。例如，在第一阶段审查时限内很少执行该操作，并且（根据公开信息）在 2010 至 2017 年之间，只有不到 40% 的进入第二阶段的案件曾被中止。

4.7 因此，工作组谨认为，更清晰地阐明《反垄断法》的经营者集中审查期间可能被中止的情况会对修订草案有所帮助。例如，明确中止只会在特殊情况下发生并且不会在市场监管总局第一阶段审查期间内发生将会是有利的。

5. 申报标准的调整

5.1 **第 24 条**将修改经营者集中申报标准的权力由国务院下放至市场监管总局，并规定市场监管总局可以根据经济发展水平、行业规模等修改申报标准。

5.2 自十多年前《反垄断法》颁布以来，经营者集中申报的营业额标准从未修改过，因此，工作组对市场监管总局可以根据行业增长等因素修改申报标准表示欢迎。工作组谨说明，一些反垄断机构（例如奥地利和德国的反垄断机构）已于近期修改或正在计划修改其申报标准，而且在这一领域有大量的国际经验。工作组谨认为，如果市场监管总局在做出任何可能的修改前向公众公开征求意见，将对其修改十分有利。

⁸ 2004 年 1 月 20 日颁布的《有关经营者集中控制的（EC）第 139/2004 号理事会条例》

⁹ 2004 年 4 月 21 日颁布的《有关经营者集中控制的（EC）第 802/2004 号委员会条例》第 9 条。

6. 未达申报标准的经营者集中

- 6.1 **第 34 条**明确规定了市场监管总局可以对未达申报标准但具有或者可能具有限制竞争效果的经营者集中进行调查。此外，该条还明确规定了市场监管总局可以决定附加限制性条件或禁止该类经营者集中，或在已经实施集中的情况下，市场监管总局还可以要求集中各方恢复到集中前的状态。
- 6.2 工作组理解市场监管总局希望能够介入具有反竞争效应的经营者集中（包括未达申报标准的经营者集中）。然而，为法律确定性之目的，工作组谨认为，上述权利不应是无期限的，而应有一定时间限制。例如，市场监管总局应该足以在经营者集中完成后 12 至 18 个月的期间内注意到该等具有反竞争效果的案件并采取相应措施。工作组谨认为，上述时间限制可达成对集中各方而言的法律确定性与防止发生可能损害客户或消费者的具有反竞争效果的集中之间的平衡。