国枫周刊

GRANDWAY WEEKLY

GRANDWAY

2022年第40期　总第704期

2022/11/11

北京国枫律师事务所（北京-上海-深圳-成都-西安-香港）
Grandway Law Offices（Beijing-Shanghai-Shenzhen-Chengdu-Xi'an-Hong Kong）

地址：北京市东城区建国门内大街26号新闻大厦7层
邮编：100005
电话：010-66090088/88004488
传真：010-66090016
网址：www.grandwaylaw.com

Address：7/F，Beijing News Plaza，NO.26 Jianguomenneidajie
Dongcheng District，Beijing，China，100005
Tel：86-10-6609-0088/8800-4488
Fax：86-10-6609-0016
Website：www.grandwaylaw.com

（本周刊仅供本所内部交流及本所客户参阅之用）

目录 CONTENTS

01/ 国枫动态 GRANDWAY NEWS

国枫提供法律服务的三维股份非公开发行项目获中国证监会审核通过
The Non-public Offering Project of Sanwei Holding Group Co., Ltd. which Grandway Provided Legal Services was Approved by CSRC

国枫提供法律服务的航天软件 IPO 项目通过上海证券交易所审核
The Initial Public Offering Project of Beijing Shenzhou Aerospace Software Technology Co., Ltd. which Grandway Provided Legal Services was Approved by SSE

国枫助力欣灵电气 IPO 项目在深圳证券交易所创业板成功上市
The Initial Public Offering Project of Xinling Electrical Co., Ltd. which Grandway Provided Legal Services was Successfully Listed on ChiNext Market of SZSE

国枫提供法律服务的立高食品向不特定对象发行可转换公司债券项目获深圳证券交易所审核通过
The Non-public Offering Convertible Bond Project of Ligao Foods Co., Ltd. which Grandway Provided Legal Services was Approved by SZSE

国枫提供法律服务的南大光电可转债项目获中国证监会同意注册批复
The Convertible Bond Project of Jiangsu Nata Opto-electronic Material Co., Ltd. which Grandway Provided Legal Services was Approved by CSRC

06/ 法制动态 LEGISLATION NEWS

最高人民法院发布关于向社会公开征求《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》意见的说明
The Supreme People's Court of the People's Republic of China Issued Explanation on Soliciting Opinions from the Public on *Interpretation on the Application of the General Rules on Contracts of PRC Civil Code (Draft for Comments)*

全国信息安全标准化技术委员会秘书处发布关于对《网络安全标准实践指南—个人信息跨境处理活动安全认证规范 V2.0（征求意见稿）》公开征求意见的通知
National Information Security Standardization Technical Committee Issued the Notice of Soliciting Opinions from the Public on *Network Security Standard Practice Guideline - Security Certification for Cross border Personal Information Processing ActivitiesV2.0 (Draft for Comments)*

目录
CONTENTS

国家知识产权局发布《<商标一般违法判断标准>理解与适用（一）》
China National Intellectual Property Administration Issued the *Understanding and Application of Judgment Standards for Trademark General Illegal (I)*

工业和信息化部办公厅发布关于印发《中小企业数字化转型指南》的通知
General Office of the Ministry of Industry and Information Technology Issued the Notice *of Digital Transformation Guide for SMEs*

上海市人民政府发布关于印发修订后的《上海市鼓励跨国公司设立地区总部的规定》的通知
Shanghai Municipal People's Government Issued the Notice of Releasing the Revised *Provisions of Shanghai Municipality on Encouraging Transnational Corporations to Set up Regional Headquarters*

09/ 专题研究 RESEARCH ON CURRENT ISSUES

投资并购活动项下的反垄断合规义务
Anti-monopoly Compliance Obligations under Investment and M&A Activities

25/ 律所人文 GRANDWAY COMMUNITY

《摄影集锦》
Photography Collection

国枫提供法律服务的三维股份非公开发行项目获中国证监会审核通过

The Non-public Offering Project of Sanwei Holding Group Co., Ltd. which Grandway Provided Legal Services was Approved by CSRC

2022 年 11 月 7 日，由北京国枫律师事务所全程提供法律服务的三维控股集团股份有限公司（股票简称：三维股份，股票代码：603033）非公开发行股票项目获中国证监会第十八届发审委 2022 年第 125 次会议审核无条件通过。

三维股份主要从事橡胶制品、轨道交通产品及化纤产品的研发、生产和销售，秉承“打造国际一流胶带、轨道交通产品制造基地”的企业愿景，围绕产业链协同战略，形成“化工、交通”两大领域以及橡胶制品、轨道交通、化纤三大主业的业务格局。三维股份的橡胶制品包括橡胶输送带和传动 V 带；轨道交通产品包括混凝土枕、轨道板等；化纤产品包括聚酯切片、涤纶工业丝等。

三维股份本次非公开发行拟募集资金总额不超过 100,000 万元，扣除发行费用后将用于补充流动资金。本次非公开发行有利于优化三维股份财务结构，为公司进一步发展提供资金保障，同时巩固实际控制人控制地位。

北京国枫律师事务所担任三维股份本次非公开发行项目的法律顾问，为其提供了全程优质的法律服务。本项目由胡琪律师领衔，签字律师为董一平律师、陈成律师，项目组成员还包括曹琳。

感谢三维股份长期以来对国枫的信任与支持，感谢保荐机构中信证券股份有限公司、审计机构天健会计师事务所（特殊普通合伙）的支持与协作，也感谢为本项目辛勤付出的每一位国枫同事。祝贺三维股份非公开发行股票项目顺利通过中国证监会审核。

国枫提供法律服务的航天软件 IPO 项目通过上海证券交易所审核

The Initial Public Offering Project of Beijing Shenzhou Aerospace Software Technology Co., Ltd. which Grandway Provided Legal Services was Approved by SSE

2022 年 11 月 7 日，由北京国枫律师事务所提供法律服务的北京神舟航天软件技术股份有限公司（以下简称“航天软件”）首次公开发行股票并在科创板上市项目获得上海证券交易所科创板 2022 年第 85 次上市委员会会议审核无条件通过。

航天软件是航天科技集团直接控股的大型专业软件与信息化服务公司，是国务院国资委“双百行动”综合改革、国家发改委混合所有制改革试点企业。航天软件紧紧围绕“支撑航天，服务政府， 面向社会”的定位，以神通数据库和 AVIDM Foundation 为基础，构建了自主软件产品（基础软件、工业软件）、信息技术服务（金审信息化服务、商密网云服务、信息化运维服务）和信息系统集成（主要面向航天及党政军领域）等三大主营业务，是我国航天及党政军领域的软件和信息化服务龙头企业之一。

航天软件本次拟公开发行股票不超过 10,000 万股，拟募集资金 55,062.68 万元，用于产品研制协同软件研发升级建设项目、神通数据库系列产品研发升级建设项目、航天产品多学科协同设计仿真（CAE）平台研发项目、ASP+平台研发项目、综合服务能力建设项目建设。

北京国枫律师事务所担任航天软件本次发行上市的法律顾问，为航天软件本次发行上市提供了全程法律服务。本项目由温烨律师团队承办，项目签字律师为李大鹏律师和侯镇山律师，项目组成员还包括谢翊杰、关婷丹及实习生陆豪、李爽、闵锐等。

感谢航天软件对国枫的信任，感谢保荐机构国信证券股份有限公司、审计机构天职国际会计师事务所（特殊普通合伙）与国枫的高效合作，也感谢为本项目辛勤付出的每一位国枫同事。祝贺航天软件顺利通过上海证券交易所审核。

国枫助力欣灵电气 IPO 项目在深圳证券交易所创业板成功上市

The Initial Public Offering Project of Xinling Electrical Co., Ltd. which Grandway Provided Legal Services was Successfully Listed on ChiNext Market of SZSE

2022 年 11 月 9 日，由北京国枫律师事务所提供法律服务的欣灵电气股份有限公司（以下简称“欣灵电气”）于深圳证券交易所创业板上市。欣灵电气本次公开发行股票 2,561.19 万股，股票代码 301388。发行人所处行业为电气机械和器材制造业（C38）。

欣灵电气本次发行价格 25.88 元/股对应的发行人 2021 年扣除非经常性损益前后孰低的净利润摊薄后市盈率为 37.86 倍，超出中证指数有限公司发布的欣灵电气所处行业电气机械和器材制造业（C38）最近一个月静态平均市盈率为 32.64 倍，超出幅度为 15.99%。

欣灵电气是由传统行业利用资本市场上市契机进行渠道扩张和产业升级的典型专精特新企业，是“低压电器之都”温州乐清在优势产业集群中冉冉升起的一颗新星。通过多年的产业积累、精准的竞争策略、持续的研发创新，公司在双电源自动转换开关、控制与保护开关、继电器等工控领域硕果累累，处于行业领先水平。公司作为高新技术企业，获得省技术研究中心等荣誉，参与多个行业标准的编写，努力深度推进下游智能制造，实现中高端产品的国产化替代，拥抱工控领域物联网时代的到来。

国枫作为欣灵电气创业板 IPO 项目发行人律师，全程为欣灵电气提供了专业优质的法律服务。本项目由上海办公室管理合伙人朱锐律师领衔，签字律师为朱锐律师、陈明琛律师，项目组成员还包括何盛桐律师、黄浇杨、李钱璐等。

同时，感谢发行人欣灵电气、保荐机构国泰君安、审计机构立信会计师对国枫的信任和支持。

“同心而共济，终始如一”。作为长久的伙伴，国枫在此祝贺欣灵电气创业板成功上市，预祝欣灵电气成长为行业中持久闪耀的“明星”。

国枫提供法律服务的立高食品向不特定对象发行可转换公司债券项目获深圳证券交易所审核通过

The Non-public Offering Convertible Bond Project of Ligao Foods Co., Ltd. which Grandway Provided Legal Services was Approved by SZSE

2022 年 11 月 10 日，由北京国枫律师事务所提供法律服务的立高食品股份有限公司（证券简称：立高食品，股票代码：300973）申请向不特定对象发行可转换公司债券项目（以下称“本次发行项目”）获得深圳证券交易所审核通过。

立高食品自 2000 年成立以来一直深耕烘焙食品领域，系一家集烘焙食品原料及冷冻烘焙食品研发、生产、销售于一体的大型食品生产企业。立高食品具有雄厚的技术研发实力，始终秉承“耕耘世界美食，丰盛美好生活”的企业使命，坚持“立信为本、和合共生、需求导向、务实创新”的核心价值观，确保食品安全，提升顾客满意度，致力于成为 500 年+的世界级食品企业。

立高食品本次发行项目的募集资金总额不超过 95,000.00 万元，将用于立高食品总部基地建设项目（第一期）和补充流动资金。本次发行项目顺利审核通过，有助于强化公司综合竞争力，提升公司产品的市场占有率，提升公司整体盈利水平。

国枫一如既往地为立高食品提供了高效、专业、优质的法律服务。本次发行项目由合伙人周涛律师负责，由桑健律师、曹梦倩律师和曲艺律师经办。

感谢立高食品长期以来对国枫的信任与支持，感谢中信建投证券股份有限公司及中审众环会计师事务所（特殊普通合伙）的支持与协作，祝贺立高食品本次发行项目顺利通过深圳证券交易所审核。

国枫提供法律服务的南大光电可转债项目获中国证监会同意注册批复

The Convertible Bond Project of Jiangsu Nata Opto-electronic Material Co., Ltd. which Grandway Provided Legal Services was Approved by CSRC

近日，由北京国枫律师事务所提供法律服务的江苏南大光电材料股份有限公司（股票简称：南大光电，股票代码 300346）申请向不特定对象发行可转换公司债券项目（以下称“本项目”）获得中国证监会同意注册批复。

南大光电成立于 2000 年 12 月 28 日，是一家专业从事高纯电子材料研发、生产和销售的高新技术企业。凭借多年的技术积累优势，南大光电先后攻克了国家 863 计划 MO 源全系列产品产业化、国家“02 专项”高纯电子气体（砷烷、磷烷）研发与产业化、ALD/CVD 前驱体产业化等多个困扰我国数十年的项目，填补了多项国内空白。2017 年，南大光电又承担了集成电路芯片制造用关键核心材料之一的 ArF 光刻胶材料的研发与产业化项目。

通过承担国家重大技术攻关项目并实现产业化，南大光电形成先进前驱体、电子特气和光刻胶三大业务板块。凭借自身过硬的实力和良好的服务，南大光电与国内外重要的集成电路、LED 优秀企业形成良好的合作关系，产品在 LED、LCD、IC 领域客户中广受好评。

南大光电本次本次发行项目拟募集资金总额不超过 90,000.00 万元，用于年产 45 吨半导体先进制程用前驱体产品产业化项目、年产 140 吨高纯磷烷、砷烷扩产及砷烷技改项目、乌兰察布南大微电子材料有限公司年产 7,200t 电子级三氟化氮项目和补充流动资金，进一步提升公司核心竞争力，实现长期可持续发展。

北京国枫律师事务所作为南大光电本次发行项目的法律顾问，提供了专业优质的法律服务。本项目签字律师为郭昕、杨惠然，项目组成员还包括白雅茹、杨裕民。

感谢南大光电长期以来对国枫的信任，感谢保荐机构中信建投证券股份有限公司、审计机构中审亚太会计师事务所（特殊普通合伙）的支持与协作，也感谢为本项目辛勤付出的每一位国枫同事。

最高人民法院发布
关于向社会公开征求《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》意见的说明

The Supreme People's Court of the People's Republic of China Issued Explanation on Soliciting Opinions from the Public on *Interpretation on the Application of the General Rules on Contracts of PRC Civil Code (Draft for Comments)*

2022 年 11 月 4 日，最高人民法院向社会公开征求《关于适用〈中华人民共和国民法典〉合同编通则部分的解释（征求意见稿）》（以下简称“**《解释》**”）的意见。

《解释》共九部分七十三条，对合同解释的细化规则、交易习惯的认定、合同的订立、合同的效力、合同的履行、合同的保全、合同的变更和转让、合同的权利义务终止以及违约责任等方面作出了解释。《解释》的意见反馈日期截止到 2022 年 11 月 20 日。

全国信息安全标准化技术委员会秘书处发布关于对《网络安全标准实践指南—个人信息跨境处理活动安全认证规范 V2.0（征求意见稿）》公开征求意见的通知

National Information Security Standardization Technical Committee Issued the Notice of Soliciting Opinions from the Public on *Network Security Standard Practice Guideline - Security Certification for Cross border Personal Information Processing ActivitiesV2.0 (Draft for Comments)*

2022 年 11 月 8 日，全国信息安全标准化技术委员会秘书处发布《网络安全标准实践指南—个人信息跨境处理活动安全认证规范 V2.0（征求意见稿）》（以下简称“**《规范》**”），并向社会公开征求意见。

《规范》对个人信息跨境处理活动的适用情形、认证主体以及个人信息主体、个人信息处理者、境外接收者等进行了规定，同时《规范》对跨境处理个人信息时的基本原则、基本要求、个人信息主体权益保障等方面作出了相应明确。《规范》的意见反馈截止时间为 2022 年 11 月 15 日。

国家知识产权局发布
《<商标一般违法判断标准>理解与适用（一）》

China National Intellectual Property Administration Issued *the Understanding and Application of Judgment Standards for Trademark General Illegal (I)*

2022 年 11 月 8 日，为了加强商标管理，强化商标执法业务指导，统一执法标准，国家知识产权局发布《<商标一般违法判断标准>理解与适用（一）》。

《<商标一般违法判断标准>理解与适用（一）》对《商标一般违法判断标准》的制定目的、法律依据、适用范围、商标一般违法行为的含义和具体类型、强制使用注册商标商品的情形等方面作了明确。

工业和信息化部办公厅发布关于印发《中小企业数字化转型指南》的通知

General Office of the Ministry of Industry and Information Technology Issued the Notice of *Digital Transformation Guide for SMEs*

2022 年 11 月 8 日，工业和信息化部办公厅发布关于印发《中小企业数字化转型指南》的通知（工信厅信发〔2022〕33 号，以下简称“**《指南》**”）。

《指南》主要面向中小企业、数字化转型服务供给方和地方各级主管部门。以坚持企业主体，效益优先，坚持应用牵引，供需互促以及坚持政府引导，协同联动为原则，对增强企业转型能力、提升转型供给水平、加大转型政策支持等方面作出了规定。

上海市人民政府发布关于印发修订后的《上海市鼓励跨国公司设立地区总部的规定》的通知

Shanghai Municipal People's Government Issued the Notice of Releasing the Revised *Provisions of Shanghai Municipality on Encouraging Transnational Corporations to Set up Regional Headquarters*

2022 年 11 月 8 日，上海市人民政府印发关于修订后的《上海市鼓励跨国公司设立地区总部的规定》（沪府规〔2022〕17 号，以下简称“**《规定》**”）。

《规定》涵盖了《规定》的目的和依据、定义、适用范围、部门职责、认定条件、申请材料、申请程序、动态评估、资助和奖励、资金运作与管理、贸易便利、科技创新支持、商事登记、项目投资、人才引进、出入境便利、知识产权保护、服务支持、参照适用以及施行日期和有效期等内容。

投资并购活动项下的反垄断合规义务

Anti-monopoly Compliance Obligations under Investment and M&A Activities

作者：聂鑫

一、 引言

随着中国整体经济体量的增加，以及我国对反垄断监管的增强，在我们协助客户开展对外投资、境内和跨境并购等交易活动业务实践中，反垄断合规成为大概率发生事件。股权收购、资产收购、设立合资企业、合并交易（新设合并、吸收合并）等可能取得对其他经营者的控制权的交易模式，在很多时候都可能构成《中华人民共和国反垄断法》（“**《反垄断法》**”）第二十条所述“经营者集中”情形，而不可避免地涉及到反垄断合规申报问题。

反观反垄断合规审查的大背景，自 2020 年以来，各级立法机关和执法部门都持续表现出对反垄断立法、执法工作（尤其是经营者集中审查相关）的高度重视和加强反垄断监管的决心：

在法律法规层面，历经一年有余，全国人大常务委员会于 2021 年 10 月 19 日将《反垄断法（修正草案）》（“**《修正草案》**”）提请十三届全国人大常委会第三十一次会议初次审议，该《修正草案》已通过人大初次审议[1]。围绕经营者集中申报，该《修正草案》主要有两大立法革新，其一，引入了经营者集中审查期限的“停表”制度，其二，大幅度提高违法经营者集中的处罚标准（违反实施集中，且具有或可能具有排除、限制竞争效果的，可处上一年度销售额 10% 以下的罚款；不具有排除、限制竞争效果的，可处五百万元以下的罚款）。此外，中国证券监督管理委员会、司法部、中华全国律师协会于 2022 年 1 月 28 日联合发布了《监管规则适用指引—法律类第 2 号：律师事务所从事首次公开发行股票并上市法律业务执业细则》（“**《执业细则》**”），该《执业细则》首次明确提出律师需在从事首次公开发行股票并上市法律业务过程中，对发行人进行反垄断合规核查的要求[2]，该《执业细则》已于 2022 年 2 月 27 日起实施。

---

[1] 参见《坚持规范与发展并重，反垄断法修正草案首次提请全国人大常委会会议审议》，http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202110/512cd30239f2492e9ef079500ea9f1a0.shtml

[2] 《监管规则适用指引—法律类第 2 号：律师事务所从事首次公开发行股票并上市法律业务执业细则》第二十六条 律师应当按照中国证监会、证券交易所相关规定要求,查验发行人已经完成或者拟进行的收购或出售资产、资产置换、资产剥离等行为是否符合法律法规的规定,具体查验内容包括: (一)上述行为是否按照法律法规及公司章程的规定履行内部决策程序,是否需要取得国有资产管理部门、外商投资管理部门、反垄断主管部门等有关部门的批准或者备案;(二)发行人是否签署相关协议,所签署的协议是否真实、合法、有效,以及协议履行情况。如尚未履行完毕的,是否存在继续履行的重大法律障碍,是否存在纠纷、潜在纠纷或者重大法律风险; (三)上述行为是否会导致发行人主营业务发生重大变化。

在执法层面，根据公布的数据，国家市场监督管理总局（“**市场监管总局**”）在2021年度共审结经营者集中案件727件，其中附条件批准4件、禁止集中1件[3]。面对疫情的挑战，市场监管总局在经营者集中审查方面仍保持着较高的效率,根据笔者的统计,截至2022年6月12日，市场监管总局本年度已公布作出无条件批准经营者集中申报283件，并对2件做出附条件批准决定，与往年相比没有明显的减少[4]。此外，市场监管总局对于实施经营者集中而未依法进行反垄断申报的“抢跑行为”呈现日趋严厉的执法态度，根据市场监管总局近期发布的《中国反垄断年度执法报告（2021）》，仅2021年，市场监管总局公布了107起未依法申报的处罚案件，涉案企业涵盖上市公司、国有企业、民企、外资企业和外国企业等，并公布了《反垄断法》实施以来第三起禁止经营者集中的案例[5]（注：虎牙与斗鱼合并案件是我国平台经济领域禁止经营者集中第一案，是自2009年禁止可口可乐收购汇源果汁，2014年禁止马士基、地中海航运和达飞设立网络中心后的第三起禁止经营者集中案件）。市场监管总局根据《反垄断法》第四十八条、四十九条作出对涉案企业做出了罚款等行政处罚。

因此，在反垄断强监管的大趋势下，企业在开展对外投资、并购活动时应当首先提高集中申报的意识，聘请专业律师梳理和判断和规划拟议交易中的经营者集中申报义务，以及可以采取何种风险规避措施等问题变得尤为重要。下文将通过梳理反垄断申报相关法律要求，并结合常见投资并购模式，为开展对外投资、并购活动的企业提供风险提示和合规建议。

二、 经营者集中申报标准

（一）形式标准

判断拟议交易是否需要进行经营者集中申报，从形式上需要判断是否同时满足以下两个标准：

1. 该项交易是否构成“经营者集中”行为，经营者是否存在控制权的变化，即“申报行为标准”。

参考《关于经营者集中申报的指导意见》关于“控制权”的规定[6]，可以看出市场监管总局对“控制权”的认定采取的是“认定+推定”的双重判断模式，持股比例并非判断是否取得控制权的唯一因素，各

[3] 参见《全国市场监管系统反垄断工作会议召开》，http://www.ipraction.gov.cn/article/gzdt/bmdt/202203/373889.html

[4] 参见《事前监管有力有序 护航经济行稳致远》，https://www.samr.gov.cn/xw/mtjj/202109/t20210924_335055.html，今年（指2021年）上半年，（市场监管总局）共收到经营者集中申报334件，立案309件，审结299件，其中附条件批准2件，立案和审结数量分别增长44%和37%。

[5] 参见 https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202107/t20210710_332525.html

[6] 《关于经营者集中申报的指导意见》

第三条 经营者集中所指的控制权，包括单独控制权和共同控制权。

判断经营者是否通过交易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（控制权和决定性影响以下统称为“控制权”），取决于大量法律和事实因素。集中协议和其他经营者的章程是重要判断依据，但不是唯一的依据。虽然从集中协议和章程中无法判断取得控制权，但由于其他股权分散等原因，实际上赋予了该经营者事实上的控制权，也属于经营者集中所指的控制权取得。判断经营者是否通过交易取得其他经营者的控制权，通常考虑包括但不限于下列因素：

经营者在交易前后对公司治理、业务经营或其他重大方面的影响力变化程度也是判断控制权的重要因素。通常来说，对董事会成员的决定权、对董事会重大决策事项的否决权、高级管理人员的提名权或任免权、经营计划或投资计划的决定权或否决权，以及财务预算的决定权或否决权、投资人与目标公司的附加业务合作协议（如订单保障、优先采购、限制与投资人的竞争对手合作）等，通常会被认定为取得控制权。

特别需要注意的是，下列具有"迷惑性"的交易模式也可能触发经营者集中申报义务：

（1）少数股权收购

如前所述，持股比例并不是认定控制权的决定性标准，在公布的处罚案例中，有不少案例所涉及的股权收购比例不超过 10%。以思凯企业管理有限公司收购内蒙古科尔沁牛业股份有限公司股权案为例[7]，思凯企业管理有限公司作为战略投资人虽仅持有目标公司 10%的股份，但其通过向目标公司委派高管人员，对目标公司未来战略发展计划、经营计划、对外投资和并购等事项具有影响力，因此被认定已取得对目标公司的消极控制权。

根据我们经验，在引入多方投资人的多轮融资活动中，投资人通常只是进行少数比例的股权投资，仅基于公司法或财务并表的角度通常不能构成对标的公司的控制，但如在投资协议、公司章程等交易文件中约定投资人对标的公司的各种重大经营事项享有决定权或否决权，那么投资人很可能被认为取得了对标的公司的控制权，而构成《反垄断法》下的"控制"，从而触发经营者集中申报义务。同样，对于合伙企业而言，如果存在类似权利安排，导致普通合伙人和/或有限合伙人对合伙企业的管理和投资决策拥有决定权和否决权，也可能导致该合伙人被认定为拥有合伙企业的控制权。

（2）无偿划拨资产

以辽宁港口集团取得大连港集团和营口港务集团 100%股权案[8]为例，2017 年 12 月 20 日，大连市国资委、营口市国资委分别与辽宁港航签署了《大连港集团有限公司股权无偿划转协议》和《营口

（一）交易的目的和未来的计划；
（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。
控制权取得，可由经营者直接取得，也可通过其已控制的经营者间接取得。
第四条 对于新设合营企业，如果至少有两个经营者共同控制该合营企业，则构成经营者集中；如果仅有一个经营者单独控制该合营企业，其他的经营者没有控制权，则不构成经营者集中。

[7] 参见 http://fldj.mofcom.gov.cn/article/jyzjzjyajgs/201711/20171102670946.shtml

[8] 市场监管总局发布对辽宁港口集团取得大连港集团和营口港务集团股权未依法申报案的行政处罚决定书，网址请见 http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/201912/t20191230_309653.html

港务集团有限公司股权无偿划转协议》，将大连港和营口港的100%股权无偿划转给辽宁港。该案中的无偿划转协议签署之后，交易各方并未进行经营者集中申报便完成了股权变更登记。市场监管总局通过调查发现，交易三方中有两方（大连港和营口港）的营业额达到了申报标准，且辽宁港航取得了大连港和营口港的控制权，因此存在控制权变化。最终，市场监管总局认定本次无偿划转构成经营者集中，依法应当进行经营者集中申报，对辽宁港口集团处以人民币35万元罚款的行政处罚。

由此可见，评估控制权的变化不需要考虑取得控制权的过程是通过何种具体交易形式。即便是国企之间无偿划拨的方式，只要达到了经营者集中申报的标准，未依法进行申报也并不能免于处罚。

（3）分步交易

在实操过程中，参与集中的经营者可能出于尽快完成交易的考虑，而采取将整体交易分拆为多个步骤进行的方式，但市场监管总局在执法过程中可能还是会将该多步骤的交易视为一项整体的经营者集中来予以审查。

以佳能株式会社（以下简称“**佳能**”）收购东芝医疗系统株式会社（以下简称“**东芝医疗**”）全部股权案[9]为例，本案集中分为两个步骤实施完成，步骤一：特殊目的公司M公司先行收购东芝医疗发行的有投票权的20股A类股，同时，佳能收购东芝医疗无投票权的1股B类股和100份认股权证；步骤二：在获得包括中国在内的各司法辖区的反垄断批准后，佳能行权并将认股权证转化为有表决权的普通股；同时，东芝医疗将从M公司和佳能分别回购A类和B类股并予注销。至此，佳能将完成收购东芝医疗100%股权。佳能在向商务部申报之时，步骤一已实施完毕，而步骤二尚未开始。在本案的行政处罚决定书中，商务部认为：“本交易虽然分为两个步骤实施，但两个步骤紧密关联，均是佳能取得东芝医疗全部股权不可分割的组成部分，构成《反垄断法》第二十条规定的经营者集中”且本案已达到申报标准，因此，佳能在向反垄断执法机构进行申报前已经开始实施交易的行为，已违反《反垄断法》第二十一条，构成未依法申报违法实施的经营者集中。最后，商务部对佳能处以30万元人民币罚款的行政处罚。

（4）协议控制

相较于前文所述股权交易、资产交易等，协议控制形式的经营者集中交易更具有迷惑性和隐蔽性。根据《国务院关于经营者集中申报标准的规定》的规定，经营者集中包含“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”的情形，以及，《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》的规定：“涉及协议控制架构的经营者

[9] 商务部行政处罚决定书（商法函[2016]965号）http://tfs.mofcom.gov.cn/article/xzcf/201701/20170102495312.shtml

集中，属于经营者集中反垄断审查范围”，可以看出，协议控制结构同样受到《反垄断法》的监管和制约。

尤其是，市场监管总局于 2020 年 4 月公布的无条件批准上海明察哲刚管理咨询有限公司与环胜信息技术（上海）有限公司新设合营企业案[10]，是中国首起正式立案审查并无条件批准的涉及协议控制（VIE 结构）的经营者集中案件。另一方面，2020 年底，市场监管总局分别发布阿里巴巴投资有限公司收购银泰商业(集团)有限公司股权未依法申报违法实施经营者集中案（国市监处【2020】26 号）、阅文集团收购新丽传媒控股有限公司股权未依法申报违法实施经营者集中案（国市监处【2020】27 号）、丰巢网络收购中邮智递股权未依法申报违法实施经营者集中案（国市监处【2020】28 号）[11]三个未依法申报经营者集中的行政处罚决定书，纵观这三个案件，呈现以下的共同点：第一，均为协议控制结构（VIE 结构）下的股权收购；第二，收购方均为互联网平台企业；第三，三个案件所涉交易最终均评估为不具有排除、限制竞争的效果。市场监管总局在前述三个案件中均根据《反垄断法》第四十八条处以 50 万元的顶格罚款处罚。

因此，如相关交易中存在协议控制架构，且参与集中的经营者达到申报标准的，仍应当依法进行经营者集中申报。

2. 该项交易是否达到《反垄断法》等相关法律规定的营业额标准，即“申报规模标准”：

（1） 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；或者

（2） 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。

（3） 上述第（1）和第（2）项所述营业额为经营者及与该经营者存在直接或者间接控制关系的所有经营者的营业额总和，包括该经营者所能控制的主体、控制该经营者的主体及其能控制的其他主体。

[10] 参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/ajgs/jzjyajgs/202004/t20200420_314431.html
[11] 参见 https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202109/t20210903_334368.html

根据市场监管总局于 2018 年 9 月 29 日在官方网站上公布的《经营者集中反垄断审查申报表》（2012 年 7 月施行，2018 年 9 月修订）脚注 2 的说明[12]，我们对申报表进行了梳理，界定参与集中的经营者的主要方式可以归纳为以下表格内容：

集中情形	参与集中的经营者	举例
经营者合并（包括新设合并和吸收合并）	合并各方	例 1：新设合并，即 A 公司与 B 公司合并为 C 公司，合并后，A 与 B 均归于消灭。 例 2：吸收合并，即 A 公司与 B 公司合并，合并后，A 公司继续存在，B 公司归于消灭。 参与集中的经营者为 A 公司和 B 公司，A 公司和 B 公司的原股东不是参与集中的经营者。
新设合营企业	合营各方	A 公司与 B 公司共同成立合营企业 C 公司，并对 C 公司形成共同控制。参与集中的经营者为 A 公司和 B 公司，C 公司不是参与集中的经营者。
交易后，取得目标公司的单独控制权	取得控制权的经营者、目标公司	例 1：A 公司收购 B 公司持有的 C 公司全部或部分股权或资产，使得 A 公司取得对 C 公司的控制权，B 公司丧失对 C 公司的控制权。参与集中的经营者为 A 公司和 C 公司，B 公司不是参与集中的经营者。例 2：A 公司和 B 公司共同收购 C 公司持有的目标公司 D 公司全部或部分股权或资产，仅有 A 公司取得对 D 公司的控制权，B 公司未取得对 D 公司的控制权，交易后 C 公司亦不再控制 D 公司。参与集中的经营者是 A 公司和 D 公司，B 公司和 C 公司不是参与集中的经营者。
交易后，两个或两个以上经营者取得目标公司的共同控制权，原控制方丧失控制权		A 公司和 B 公司共同收购 C 公司持有的目标公司 D 公司全部或部分股权或资产，使得 A 公司和 B 公司取得对 D 公司的共同控制权，C 公司丧失对 D 公司的控制权。参与集中的经营者为 A、B、D 公司，C 公司不是参与集中的经营者。

[12] 参见 https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/bgt/201901/t20190102_279604.html

集中情形	参与集中的经营者	举例
交易后，目标公司的控制权由单独控制变为共同控制，原控制方仍具有控制权	具有共同控制权的所有经营者	交易前，C 公司由 A 公司单独控制，交易后，A 公司与 B 公司对 C 公司形成共同控制。参与集中的经营者为 A 公司与 B 公司，C 公司不是参与集中的经营者。
通过作为投资工具的特殊目的公司参与交易	视情况而定	A 公司通过特殊目的公司 B 公司或其收购工具 C 公司收购 D 公司 80%的股权并取得 D 公司的单独控制权，参与集中的经营者为 A 公司和 D 公司，B 公司或 C 公司不是参与集中的经营者。

对于达到申报标准的经营者集中，经营者应当在集中协议签署后、集中实施前向市场监管总局申报，如经营者未依法申报，或虽已提交申报，但市场监管总局尚未作出最终审查决定的，经营者均不得实施相关集中。

因此，我们建议，在实施复杂的交易过程中，如该交易已达到前述申报标准的，参与集中的经营者应善意合作、谨慎判断各个交易步骤的实施时点，并可考虑在交易文件中将完成反垄断申报义务作为实质性推进整体交易的前提条件或协议本身的生效条件，避免因在取得市场监管总局的批准决定前实施相关步骤而被认定为构成“抢跑”。

（二）实质标准——排除、限制竞争效果

根据《反垄断法》第三条的规定，经营者集中表述为“具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中”，我们也会经常看到市场监管总局在大部分未依法申报违法实施经营者集中案的行政处罚决定书中会有“该案构成未依法申报违法实施经营者集中，但不具有排除、限制竞争的效果”的认定，应当认为“排除、限制竞争效果”其实是市场监管总局在审查经营者集中过程中的实质标准。

需要注意的是，目前实施的《反垄断法》第二十一条仅明确要求达到申报标准的经营者集中行为，经营者应当进行经营者集中申报，对于未达到申报标准的情形为经营者可以“自愿申报”，而并无强制性义务要求。但是《修正草案》第 26 条提出了进一步的要求：“经营者集中未达到国务院规定的申报标准，但有证据证明该经营者集中具有或可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构应当依法进行调查”，该条实际赋予市场监管总局主动发起调查的权利，任何具有或可能具有排除、限

制竞争效果的交易都可能引发市场监管总局的主动调查。《修正草案》增加这一款的规定与此前颁布的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》（“**《平台经济领域反垄断指南》**”）第十九条[13]的规定是相呼应，也体现了市场监管总局对初创企业或者新兴平台对外投资、参与并购等投资活动的重点关注。

我们注意到，在市场监管总局反垄断局编撰的《中国反垄断执法年度报告（2019）》[14]曾提及成功阻却过一起“虽未达到申报标准，但是可能产生排除、限制竞争效果”的案件：“在湖南尔康制药股份有限公司收购河南九势制药股份有限公司案中，交易方未达申报标准但可能产生排除、限制竞争效果。经营者集中审查与滥用市场支配地位执法协同发力，与当事方多次进行商谈和沟通，提醒其不得违反《反垄断法》规定实施集中。通过反复沟通，当事方放弃交易，将事前防范与事后监管更好结合起来，充分发挥执法合力，更好保护市场公平竞争”，结合参与集中的经营者曾在 2018 年 12 月 30 日因滥用扑尔敏原料药市场支配地位实施不公平高价销售商品、拒绝交易等违法行为接受处罚的背景，有理由相信市场监督总局对存在市场支配地位或市场份额较大，或此前接受过反垄断处罚的相关经营者的经营集中行为更为关注，并可能采取主动调查。

结合市场监管总局在附加限制性条件批准经营者集中的案件中关于竞争分析的论述，以及对参与集中的经营者所设置的限制性条件（市场监管总局在 2021 年共作出附加限制性条件批准经营者集中 4 件；市场监管总局在 2022 年已作出附加限制性条件批准经营者集中 2 件，具体案件信息详见下表），我们认为至少应当从以下方面来判断集中行为是否存在“排除、限制竞争效果”的情况：（1）集中后实体将在相关市场的中取得较高的市场份额或取得市场支配地位；（2）集中将减少相关市场内的主要竞争对手，例如参与集中的经营者在相关市场中互为较为紧密的竞争者，如推进集中，将会造成相关市场内的竞争不足；（3）集中可能进一步提高相关市场进入壁垒，包括但不限于增加了潜在竞争者进入相关市场的难度、增加相关市场内上下游相对方转换交易对手的成本等。

---

[13] 《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》
第十九条 国务院反垄断执法机构主动调查
根据《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第四条，经营者集中未达到申报标准，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，国务院反垄断执法机构应当依法进行调查。
经营者可以就未达到申报标准的经营者集中主动向国务院反垄断执法机构申报。
国务院反垄断执法机构高度关注参与集中的一方经营者为初创企业或者新兴平台、参与集中的经营者因采取免费或者低价模式导致营业额较低、相关市场集中度较高、参与竞争者数量较少等类型的平台经济领域的经营者集中，对未达到申报标准但具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构将依法进行调查处理。

[14] 参见 https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202012/P020201224808232684415.pdf

案件	竞争分析	限制性条件
思科系统公司收购阿卡夏通信公司股权案（审查期限为 450 天）	(一)集中后实体具有实施原料封锁的能力 (二)集中后实体具有实施原料封锁的能力 (三)集中可能在中国光传输系统市场产生排除、限制竞争效果	要求集中后实体履行如下义务： 1. 继续履行现有客户合同； 2. 按照公平、合理、无歧视的原则，继续向中国客户供应相干数字信号处理器； 3. 不得对中国客户强制搭售商品，或附加其他不合理的交易条件； 4. 交易双方和集中后实体应对其相关管理人员和员工进行培训，采取必要措施，确保承诺方案落实。
丹佛斯公司收购伊顿股份有限公司部分业务案（审查期限为 346 天）	（一）集中将进一步增强交易双方的市场控制力，导致相关市场集中度大幅提高 （二）集中消除了交易双方之间的紧密竞争关系 （三）集中将进一步提高相关市场的进入壁垒 （四）集中将进一步削弱下游用户的议价能力	要求丹佛斯和集中后实体履行如下义务： 剥离丹佛斯动力系统（江苏）有限公司的摆线马达业务，包括所有有形资产和无形资产（包括知识产权）、协议、租约、承诺和客户订单，以及人员等。
伊利诺斯工具制品有限公司收购美特斯系统公司股权案（审查期限为 252 天）	（一）集中将导致集中后实体取得市场支配地位，市场集中度大幅提高。 （二）集中消除了交易双方之间的紧密竞争关系。 （三）集中进一步削弱下游用户的议价能力。	要求伊利诺斯、美特斯和集中后实体履行如下义务： 1. 继续履行与中国客户的所有涉及相关商品和服务的现有业务合同； 2. 继续保持对中国客户的服务水平； 3. 向中国客户销售的相关商品和服务的价格不得高于交易双方在生效日前 24 个月内在相当条件下的平均价格； 4. 除非有正当理由或遵循过往商业惯例，不得：(1)拒绝、限制或延迟向中国客户供应相关商品或服务；(2)对中国客户施加任何不合理的交易条件；(3)降低向中国客户供应相关商品和/或服务的质量或技术水平；(4)降低对中国客户在交货期、售后服务和支持（包括维修）、软件更新、技术规范和用户手册方面的服务水平。

案件	竞争分析	限制性条件
SK 海力士株式会社收购英特尔公司部分业务案（审查期限为 359 天）	（一）交易将提高 SATA 企业级固态硬盘市场集中度，增强集中后实体的市场控制力。 （二）交易将提高 PCIe 企业级固态硬盘市场集中度，增强集中后实体的控制力。 （三）集中可能增强相关市场竞争者协调价格的动机和能力。 （四）市场进入壁垒高，短期内难以出现新的有效竞争者。	要求集中后实体履行如下义务： 1. 不得以不合理的价格向中国境内市场供应 PCIe 企业级固态硬盘产品和 SATA 企业级固态硬盘产品，在交易条款相当的情况下，价格不得高于其在生效日前 24 个月内的平均价格； 2. 在生效日起 5 年内持续扩大相关产品的产量； 3. 依据公平、合理、无歧视原则向中国境内市场继续供应所有产品； 4. 不得强制或者变相强制中国境内市场的客户排他性地采购产品；不得强制搭售或捆绑销售； 5. 帮助一个第三方竞争者进入相关市场； 6. 不得在销售价格、产量或销量方面与其在中国的主要竞争对手达成任何排除或限制竞争的书面或口头协议、决定或进行其他协同行为（包括默示协同）。
环球晶圆股份有限公司收购世创股份有限公司股权案（审查期限为 391 天）	（一）交易进一步提高了集中后实体在全球和中国境内 8 英寸区熔晶圆市场控制力 （二）交易进一步提高了相关市场的集中度。 （三）交易可能增强相关市场竞争者协调价格的动机和能力。 （四）市场进入壁垒高，短期内难以出现新的有效竞争者。	要求交易双方和集中后实体履行如下义务： 1. 剥离环球晶圆的区熔晶圆业务； 2. 自审查决定生效日起 6 个月内完成剥离；经市场监管总局批准，上述时限可延长 3 个月；如未能在上述期限内完成剥离，应根据《经营者集中审查暂行规定》委托剥离受托人寻找合适的剥离买方并完成剥离； 3. 按照公平、合理、无歧视的原则，继续向中国境内客户供应各类晶圆产品；在同等条件下，不得对中国境内客户实施差别待遇； 4. 合同期满后，集中后实体无正当理由不得拒绝中国境内客户续签合同要求，且续签条件不得低于原合同；

案件	竞争分析	限制性条件
		5. 对相关管理人员和员工进行持续培训，并采取必要措施，确保承诺方案的落实。
超威半导体公司收购赛灵思公司股权案 （审查期限为 367 天）	(一)集中后实体在 CPU、GPU 加速器、FPGA 市场具有排除、限制竞争的能力。 (二)集中后实体在 CPU、GPU 加速器、FPGA 市场具有排除、限制竞争的动机。 (三)集中可能在 CPU、GPU 加速器和 FPGA 市场产生排除、限制竞争的效果。 (四)市场进入壁垒高，短期内难以出现新的有效竞争者。	要求交易双方和集中后实体履行如下义务： 1. 不得强制搭售，或者附加任何其他不合理的交易条件；不得阻碍或限制客户单独购买或使用相关产品；不得在服务水平、价格、软件功能等方面歧视单独购买上述产品的客户； 2. 与中国境内企业进一步推进相关合作，并依据公平、合理、无歧视原则，向中国境内市场继续供应相关产品； 3. 继续开发并确保赛灵思 FPGA 产品系列的可获得性，确保其开发方式与基于 ARM 的处理器相兼容且符合赛灵思在交易前的计划； 4. 继续保证向中国境内市场销售的超威相关产品与第三方相关产品的互操作性，且不低于超威相关产品的互操作性水平；互操作性升级的相关信息、功能和样品应当于升级后 90 天内提供给第三方相关产品制造商； 5. 对第三方相关产品制造商的信息采取保护措施；将第三方相关产品制造商的保密信息储存在独立且互不相通的硬件系统中。

在过去，如果参与集中的一方经营者是初创企业或新兴平台，即便其所在相关市场集中度高、参与竞争者数量有限，相关交易可能存在限制市场竞争的情况，但是因初创企业或新兴平台的营业额达不到经济者集中的申报标准，从而导致原有申报规则难以适用。在目前反垄断强监管的大背景下，我们建议，为避免事后被调查或被处罚的风险（尤其是，参照上述附加限制性条件批准经营者集中案件，可以注意到，一旦因未进行经营者集中申报而被调查，整个调查工作持续时间通常将远超过正常申报所需要的时间），公司可以在进行此类交易之前，咨询律师进行相关市场评估及竞争损害分析，或向市场监管总局就经营者集中申报申请商谈，听取市场监管总局的指导意见。

三、 经营者集中的申报程序

（一）经营者集中的申报主体

根据《经营者集中审查暂行规定》的规定：“通过合并方式实施的经营者集中，合并各方均为申报义务人；其他情形的经营者集中，取得控制权或者能够施加决定性影响的经营者为申报义务人，其他经营者予以配合。”

在同一案件中，有申报义务的经营者是两个或两个以上时，可以约定由其中一个经营者负责申报，也可以共同申报。但是，需要注意的是，即便参与集中的经营者之间约定由一个经营者申报而其未按约申报的，其他有申报义务的经营者不因此而减免其未依法申报法律责任。申报义务人未进行集中申报的，其他参与集中的经营者可以提出申报。

（二）经营者集中的申报时间

申报人应当在集中协议签署后，集中实施前向市场监督总局申报。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同为已签署的集中协议。但申报人必须综合考虑和安排申报时间（具体审查流程和时限详见下文表格），以免延误并购、投资等集中的商业时机。

（三）商谈

根据《关于经营者集中简易案件申报的指导意见》第一条的规定：“在正式申报前，经营者可以就拟申报的交易是否符合简易案件标准等问题向反垄断局申请商谈”。商谈不是经营者集中申报的必经程序，经营者自行决定是否申请商谈。

根据我们的经验，由于在商谈过程中需要向市场监管总局提供交易概况、交易各方的基本信息等文件和资料，如参与集中的经营者对于相关交易是否需要提交经营者集中申报以及是否符合简易案件标准等问题存在疑问的，可以考虑在相关交易已相对确定的情况下向市场监管总局发出商谈申请，以确保相关交易能够合法合规地予以推进，避免存在任何“抢跑行为”而承担不必要的调查或行政处罚。拟商谈问题可以包括：(1) 交易是否需要申报，包括相关交易是否属于经营者集中，是否达到申报标准、是否符合简易案件标准等；(2) 需要提交的申报文件资料，包括申报文件资料的信息种类、形式、内容和详略程度等；(3) 具体法律和事实问题，包括如何界定相关商品市场和相关地域市场等；(4) 就申报和审查程序提供指导，包括申报的时间、申报义务人、申报和审查的时限等。市场监管总局将根据商谈申请方提供的信息，就其关心的问题提供指导意见。

商谈申请应以书面方式，通过传真、邮寄或专人递送等方式提交（目前疫情期间，根据我们近期与市场监管总局的电话咨询，建议采用以电子邮件方式向市场监管总局工作邮箱 jyzjz@samr.gov.cn 提出商谈申请）。

（四）经营者集中的审查流程

流程		审查事项	时限
立案前阶段		市场监管总局应对申报人提交的文件、资料进行审核。申报人提交的文件、资料不完备、不完整或不准确的，应当在规定的时限内补充、修改、澄清和说明。市场监管总局审核后，认为申报文件、资料（包括补充的文件、资料）符合《反垄断法》第 23 条规定的，应当立案审查，并向申报人递送立案通知。	无 （根据我们的经验，视具体情况，通常在 15-30 个自然日之内，市场监管总局期间可能提出一轮或以上补充问题，届时需要提交补充材料）
审查阶段	初步审查	市场监管总局将在立案后进行初步审查，做出是否实施进一步审查的决定	30 日 （多数简易案件在本阶段审结）
	进一步审查	市场监管总局将根据需要实施进一步审查，做出是否禁止经营者集中的决定，逾期未作出决定的，逾期未作出决定的，经营者可以实施集中。	90 日
	延长审查	有下列情形之一的，由市场监管总局书面通知申报人延长进一步审查的期限，时间最长不超过六十日： （1） 经营者同意延长审查期限的； （2）经营者提交的文件、资料不准确，需要进一步核实的； （3） 经营者申报后有关情况发生重大变化的。	可延长 60 日

在审查阶段，针对简易案件，市场监管总局在立案后将对申报人填报《经营者集中简易案件公示表》在市场监管总局网站予以公示（公示期为 10 个自然日），在公示期内，任何单位和个人均可对该案是否应被认定为简易案件提交书面意见。如审查发现不应认定简易案件的，可要求申报人按非简易案件程序重新申报。而针对非简易案件，不会设置前述公示期，但是在审查过程中，市场监管总局可能视具体情况向行业主管部门、行业协会、竞争对手、上下游企业、消费者等单位或个人征询关于拟议交易是否可能引起竞争问题等的意见。

四、 历史交易未依法申报风险

值得注意的是，《经营者集中反垄断审查申报表》第 4.1.15 条要求参与集中的经营者填写其及其关联实体在过去三年在相关市场的经营者集中情况，如经营者或目标公司在历史上存在应进行经营者集中申报而未申报的经营者集中交易，可能会引起市场监管总局的关注和主动调查。

就此类历史交易未依法申报的情况，根据《反垄断法》规定，对于违法实施经营者集中的，市场监管总局有权要求责令停止实施集中、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，并可以处五十万元以下的罚款。结合市场监管总局公布的未依法申报违法实施经营者集中的行政处罚案例情况来看，自 2021 年以来，市场监管总局对涉案企业多处以人民币五十万元人的顶格罚款。

但如前文所提示的，《修正草案》第 58 条在原有采取必要措施恢复到集中前的状态基础上，大幅提高违法实施经营者集中的处罚金额（违反实施集中，且具有或可能具有排除、限制竞争效果的，可处上一年度销售额 10%以下的罚款；不具有排除、限制竞争效果的，可处五百万元以下的罚款），同时，《修正草案》第 63 条新增了惩罚性罚款的规定，市场监管总局有权就严重违法行为按照前述罚款数额的基础上处以二倍以上五倍以下的罚款。虽然如何判断“情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后”尚有待市场监管总局的进一步细化规定，但是可以肯定的是企业将就未依法进行经营者申报而面临更高的违法成本。

并且，虽然根据《中华人民共和国行政处罚法》的规定：“违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚”（前述两年期限应从违法行为发生之日起计算；违法行为有连续或者继续状态的，从行为终了之日起计算），但从目前已公布的行政处罚决定来看，有不少未依法申报的案件中，执法机构进行立案调查的时间距离集中实施已逾多年（例如，在皮尔博格和幸福摩托车设立合营企业案[15]，该案中皮尔博格和幸福摩托车于 2013 年 3 月 1 日签订合资协议，设立合营企业，双方分别持股 50%。

[15] 市场监管总局发布对皮尔博格和幸福摩托车设立合营企业未依法申报案的行政处罚决定书，网址请见 http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/201911/t20191114_308483.html

合资企业已于 2013 年 6 月 18 日成立并领取营业执照。即便该交易已经过去近六年，交易方仍于 2019 年 3 月 11 日被正式立案调查，并最终于 2019 年 11 月作出未依法申报的处罚决定），可以看出市场监管总局倾向于认为未依法申报的收购、并购、新设合营企业等经营者集中行为均属于连续性的违法行为，因此并不会起算行政处罚的两年追诉时效。因此，未来《修正草案》正式生效后，市场监管总局仍可能以违法行为持续存在，而对历史交易未依法申报的情况进行调查，并不排除按照新法进行处罚的可能性。

此外，除行政处罚本身造成的损失外，市场监管总局的相关调查程序通常耗时较长，并且可能对拟定交易的时间表、企业后续的申报进程、企业的公众形象和其他政府/证券交易所审批事项产生负面影响或构成实质性障碍。以上市公司为例，《上市公司重大资产重组管理办法》第十一条明确要求将上市公司符合反垄断法律和行政法规的规定列为实施重大资产重组的先决条件之一，并要求上市公司及中介机构就此作出充分说明及披露，此外，《执业细则》亦要求律师在首次公开发行股票并上市法律业务过程中对发行人进行反垄断合规核查的要求。以青岛港国际股份有限公司 IPO 为例，根据青岛港国际股份有限公司招股说明书的说明[16]，青岛港国际股份有限公司一家间接子公司与青岛港招商局国际集装箱码头有限公司于 2009 年 12 月合资设立合资公司的交易，在 IPO 申报前受到了商务部的立案调查，在 IPO 审核过程中被认定构成未依法申报经营者集中并受到行政处罚决定，发行人从以下多个角度对其反垄断合规瑕疵“不属于重大违法违规行为、不会对本次发行构成重大不利影响”进行披露说明并最终过会：(i)该等行为的发生基于发行人对经营者集中申报事项的适用范围理解与法规原意有所偏差，不存在违法违规的主观故意；(ii)合资公司未纳入发行人合并报表范围，且对发行人的投资收益贡献占比很低；(iii)执法机构认为经营者集中不会产生排除、限制竞争的影响，并开具相关行政处罚不构成重大行政处罚的证明；以及(iv)发行人已建立反垄断内控制度。

基于上述案例，我们建议，在公司对外投资、并购或拟上市过程中，有必要对合作方、投资标的或拟上市公司本身或者其直接或间接子公司存在未申报的经营者集中情形进行必要的尽调及合规性论证工作，视情况对该交易进行主动申报或争取获得反垄断执法机构出具的相关证明，并对相关潜在风险做好充分的风险隔离、责任分摊的约定。

五、 跨境并购的反垄断风险

[16] 参见 http://static.cninfo.com.cn/finalpage/2018-12-28/1205696230.PDF

根据《反垄断法》及相关配套法规的规定，无论跨境并购交易是否发生在中国境内，亦不论经营者或并购标的是否为境内实体，只要该等交易可能对中国境内市场竞争产生排除、限制影响的，在满足申报标准的情况下均应履行中国经营者集中申报程序。例如，在广东省广晟香港控股有限公司（“**广晟香港**”）收购澳大利亚泛澳全部股权案[17]中，2015 年 7 月，广东省国资委直属的国有独资企业广东省广晟资产经营有限公司通过其香港全资子公司广晟香港，以场外公开要约收购的方式取得澳大利亚泛澳 100%股权，且广晟香港和澳大利亚泛澳 2014 年在中国境内的营业额达到了法定申报标准，属于应当申报的情形，但在收购实施前未依法进行申报，因此广晟香港被商务部处以人民币 15 万元的罚款。

由于跨境并购交易可能涉及多个司法辖区的反垄断监管，因此，我们建议，相关交易主体在必要时可与包括中国反垄断执法机构在内的不同司法辖区的反垄断机关进行充分的沟通，以正确认识并评估不同司法辖区的反垄断合规风险，并就履行不同的反垄断申报及审查程序进行合理安排、协调。

[17] 参见 http://tfs.mofcom.gov.cn/article/xzcf/201705/20170502573385.shtml

《摄影集锦》

Photography Collection

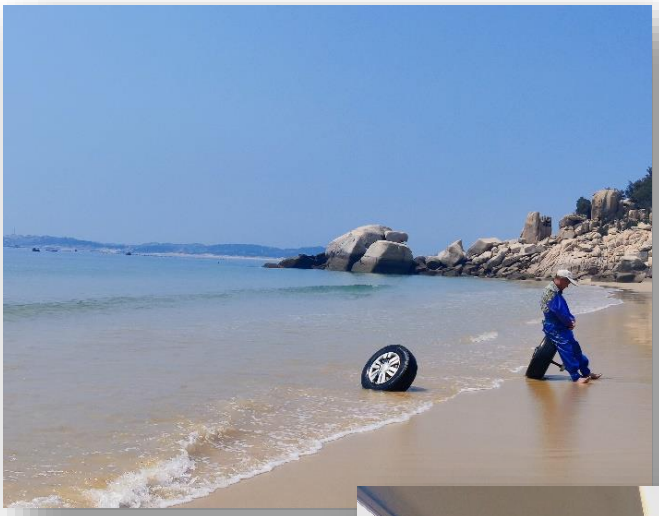
——By 睢柏 & ROSÉ

此间好景无人识，
乌柏经霜满树红。
——《咏乌柏》

岁月极美，

在于它必然的流逝。

——《岁月》



生活不止眼前的苟且，

还有诗和远方。

——《生活不止眼前的苟且》

想知道某一天有多温暖，

只需要看看猫咪睡了多久。

——查尔斯.丁.布莱迪