

环球反垄断法律专递 （第十四期）

**GLO Antitrust Law & Policy
Newsletter**

Volume 14

环球反垄断团队

GLO Antitrust Practice Group

2020年2月

February 2020

北京市朝阳区建国路81号华贸中心
1号写字楼15层&20层 邮编: 100025
15 & 20/F Tower 1, China Central Place,
No. 81 Jianguo Road Chaoyang District,
Beijing 100025, China
电话/T. (86 10) 6584 6688
传真/F. (86 10) 6584 6666

上海市黄浦区湖滨路150号企业天地
5号楼26层 邮编: 200021
26F, 5 Corporate Avenue,
No. 150 Hubin Road, Huangpu District,
Shanghai 200021, China
电话/T. (86 21) 2310 8288
传真/F. (86 21) 2310 8299

深圳市南山区深南大道9668号
华润置地大厦B座27层 邮编: 518052
27th Floor Tower B, China Resources Land Building,
No. 9668 Shennan Avenue, Nanshan District,
Shenzhen 518052, China
电话/T. (86 755) 8388 5988
传真/F. (86 755) 8388 5987

环球反垄断法律专递（第十四期）

2020年2月

➤ 反垄断监管下的互联网平台数据采集和处理

Competition Concern on the Platform's Data Collection and Processing

环球律师事务所合伙人、法学博士 万江 | 合伙人 孟洁

GLO Partner Partner Jiang (John) Wan | Partner Jie Meng

摘要：

个人数据权益或数据隐私保护，本属于数据保护法的范畴，但近来反垄断机构却越来越积极地参与其中了。2019年12月17日，日本公平交易委员会发布了《关于数字平台与消费者涉及个人信息交易中滥用优势交易地位的指南》（以下简称《个人信息指南》），直指数字平台中有关个人信息收集和使用的垄断问题，这是全球第一个关于个人信息收集和使用的反垄断指南。当然，更引人瞩目的还是全球第一起针对数据收集和使用行为的反垄断调查案件，即德国联邦卡特尔局（Bundeskartellamt）对Facebook的调查。欧亚两大反垄断机构先后对同一问题采取动作，巧合中也有必然，非常值得关注。

Abstract

Personal data and data privacy protection was initially belongs to the scope of data protection law, but antitrust agencies have been more and more actively involved.

The JFTC promulgated *Guidelines Concerning Abuse of a Superior Bargaining Position in Transactions between Digital Platform Operators and Consumers that Provide Personal Information, etc.* on December 17, 2019. It is the first competition guideline to address competition concerns regarding personal information collection and processing in the world. German Bundeskartellamt's investigation on Facebook become the first remarkable antitrust case in this field. The two major jurisdiction have taken actions on same issue presenting the indication that worth of attention.

➤ 《反垄断法》下少数股权的共同控制权——基于安博凯基金收购思妍丽未依法申报案的分析

The Concept of Joint Control under Chinese AML: An Analyses on MBK partners/Siyanli Case

环球律师事务所合伙人、法学博士 万江 | 合伙人 郭嘉

GLO Partner Partner Jiang (John) Wan | Partner Jia Guo

摘要:

以财务投资为主要战略的投资型基金或机构往往因为自认为收购持有少数股权“不实际控制”被投资企业，而忽略了经营者集中申报的问题。但实际上少数股权持有者对于公司的重大决策拥有一定程度的影响力，既可能构成经营者集中的“共同控制权”，进而应当进行申报，安博凯基金收购思妍丽案就是一个很典型的案例。

Abstract:

Investment funds or institutions that use financial investment as their main strategy often ignore the problem of merger control notification because they believe that acquiring and holding minority equity "does not actually control" the investee. However, in fact, minority shareholders have a certain degree of influence on the company's major decisions, which may constitute a "joint control" under AML and should be notified. The MBK partners/Siyanli is a typical case in that circumstance.

➤ 《反垄断法》向何处去？——从《反垄断法》修订草案看反垄断执法的发展趋势

Trends and development of China AML enforcement

环球律师事务所合伙人、法学博士 万江

GLO Partner Partner Jiang (John) Wan

摘要：

2020年1月2日，国家市场监督管理总局反垄断局发布了《〈反垄断法〉修订草案（公开征求意见稿）》，虽然该草案离最终的《反垄断法》修订案还有很长的一段距离。但从中可以窥见到中国反垄断执法机构最新的执法趋势和态度。

Abstract

SAMR released the Draft of the amendment to the AML of China on January 2nd, 2020. It will take time before the amendment is finalized, however, it presents the trend and development of China's AML enforcement.

环球反垄断法律专递（第十四期）

GLO Antitrust Law & Policy Newsletter (Volume 14)

2020年2月

February 2020

目录 Content

➤ 反垄断专论 Antitrust Monograph	6
反垄断监管下的互联网平台数据采集和处理	6
➤ 案例评析 Case Analysis	13
《反垄断法》下少数股权的共同控制权——基于安博凯基金收购思妍丽未依法申报案的分析	13
➤ 立法及修法建议 Legislature and Revision Advice	18
《反垄断法》向何处去？——从《反垄断法》修订草案看反垄断执法的发展趋势	18
本期作者简介 Introduction to the Author	21
环球反垄断招募信息 Recruit Information	22
环球简介 Introduction to GLO.....	24
环球反垄断团队介绍 Introduction to GLO Antitrust Practice Group.....	25
版权与免责 Copyright and Disclaimer	26

➤ 反垄断专论 Antitrust Monograph

反垄断监管下的互联网平台数据采集和处理

Competition Concern on the Platform's Data Collection and Processing

环球律师事务所合伙人、法学博士 万江 | 合伙人 孟洁

GLO Partner Partner Jiang (John) Wan | Partner Jie Meng

一、德国 Facebook 滥用数据案的调查过程、主要结论和简要评述

2016年3月，德国联邦卡特尔局开始调查 Facebook，并于2019年2月6日作出决定书，禁止 Facebook 采集（Facebook 旗下的）WhatsApp, Oculus, Masquerade, Instagram 等平台的用户信息及设备（如手机、电脑）关联数据，以及通过 API 接口（“Facebook 商务工具”）采集 Facebook 用户访问第三方网站及手机 App 的相关数据，并且禁止其将这些信息与用户 facebook.com 的帐户信息进行融合。德国联邦卡特尔局的认定结论是，Facebook 在社交网络相关市场上具有支配地位，违反 GDPR 的规定采集、融合用户数据，参照德国联邦最高法院审结的 *VBL-Gegenwert* 案和 *Pechstein* 案的判例¹，Facebook 构成了德国《反限制竞争法》所规定的滥用市场支配地位行为。

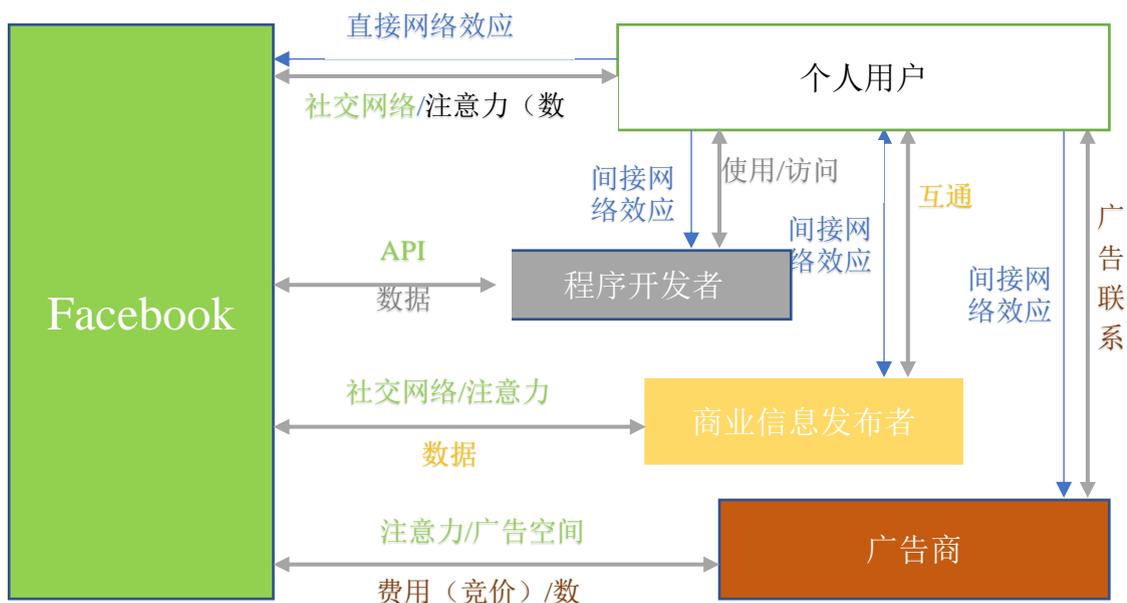
Facebook 随即向杜塞尔多夫高等法院上诉。由于联邦卡特尔局没有严格去论证 Facebook 的数据处理行为具有排除限制竞争的效果，即其行为具有剥削性（消费者）或排挤性（竞争对手）。8月，杜塞尔多夫高等法院基于两个理由推翻了联邦卡特尔局的决定：1、Facebook 具有市场支配地位，但联邦卡特尔局没有证明其行为构成《反限制竞争法》第19条规定的滥用行为。Facebook 的数据处理行为既没有剥削用户也没有排挤竞争者，并不构成滥用行为；2、用户对社交网络的任何依赖并不会导致其接受社交网络一般性条款和声明的无效。

联邦卡特尔局随即上诉至德国联邦最高法院，尽管德国联邦最高法院尚未作出判决，但客观而言，德国联邦卡特尔局作出的决定是有相关事实基础和法律依据的。

¹ 两个案件的判决结论是具有市场支配地位的企业实施侵害公民或法人基本宪法性权利的行为构成滥用行为。用户的数据隐私权同样属于基本权利，因此本案也可以上述两个案件的判例规则。

（一）相关市场界定

本案的相关产品市场界定为用户的私人社交网络及其相关的多边市场。地域市场为德国。Facebook 利用 Facebook.com 作为媒介，进行了网络和多边市场的整合。其最终产品是基于定向广告（targeted advertising）盈利的社交网络，并且基于这种商业模式形成了一个多边市场。关键的用户群体一边是无偿使用 facebook.com 的私人用户，一边是广告商，这两个群体之间存在间接网络效应。而 Facebook 在这个核心产品中融入了更多边的市场，例如商户可以在 Facebook.com 上编辑、发布商业内容，与用户建立联结，推广业务；而程序开发者可以借助应用程序接口（APIs）将 Facebook 整合进他们自己的网站或 App，私人用户与后面两者之间也存在间接网络效应。下图是本案相关产品市场的结构：



联邦卡特尔局还分析了 LinkedIn 和 Xing 等专门化的社交媒介，以及 WhatsApp, YouTube, Snapchat, Twitter, Pinterast, Instagram 等（因其仅提供社交网络的部分服务），认为它们与 Facebook 都不属于同一相关产品市场。

（二）Facebook 具有市场支配地位

首先，用户市场份额数据是最重要的衡量指标。Facebook 的用户市场份额非常高，尤其是日活跃用户的份额超过 95%，月活跃用户份额超过 80%，注册用户超过 50%，而其中日活跃用户份额是关键指标。即便是把 YouTube, Snapchat, Twitter, Pinterast, Instagram 等纳入同一相关市场，Facebook 的市场份额也远超过了德国《反限制竞争法》规定的市场支配地位的门槛。

其次，商业模式具有直接和间接的网络效应。Facebook 的商业模式具有很强的直接网络效应，其用户很难转向其他的社交网络。近年来德国本土市场上的其他社交网络竞争者的市场份额在持续的减少，有一些早已退出市场（如 google）。至于间接网络效应方面，Facebook 提供的广告服务也具有很高的市场壁垒，其他的广告服务平台很难进入社交网络的用户市场和在线广告市场。

最后，庞大数据资源积累使其在数据驱动的社交网络市场上极具有竞争力。尤其在个性化广告方面，直接和间接网络效应叠加下，Facebook 的巨大数据资源优势令市场壁垒非常高。

当然，联邦卡特尔局还考虑了互联网创新力对于市场支配力的影响，但没有迹象显示 Facebook 会因互联网的巨大创新力而显著丧失其市场分额。

（三）用户对 Facebook 的数据隐私政策的接受并不构成 GDPR 下的自主同意

根据 GDPR 序言第 32 条，用户只有在“自由”给予、“充分知情”且“明确表明数据主体同意处理其个人信息”的前提下，同意才能被视为数据主体有意义的表达。GDPR 序言第 43 条阐明，为了确保数据主体的同意是基于自由意志作出的，在数据主体和数据控制者之间存在明显的不平衡时，……不可能所有的同意都是自由作出的情况下，数据主体的同意不能作为处理个人数据的有效法律基础。如果不允许对不同的个人数据处理操作分别作出同意（尽管在个别情况下是合理的），该同意被推定为不是基于自由意志作出的。

Facebook 的数据来源主要有两类，一类是 Facebook 自己平台的用户数据和设备关联数据；另一类是 Facebook 所拥有的旗下网站的用户数据以及无关的第三方运营的网站/App 中的用户数据。关于第二类数据，许多用户并不知道其同意了 Facebook 的隐私政策后便意味着允许 Facebook 从第三方来源几乎无限制地收集任何类型的用户数据，并将这些数据与用户 Facebook 帐户数据融合处理。第三方来源可以是 Facebook 旗下拥有的服务，如 Instagram 或 WhatsApp，还可以是嵌入 Facebook“喜欢”或“分享”插件的第三方网站。在网站和应用程序中嵌入此类可见插件的情况下，用户甚至不需要例如滚动或点击“喜欢”插件，访问嵌入了“喜欢”插件的网站时，将自动启动向 Facebook 的数据传输。德国的网站和应用程序上存在数百万个此类嵌入 Facebook“喜欢”或“分享”插件的网站和应用程序界面。在这样的网站上，用户看不到 Facebook 的 logo，但用户的数据却会从这些网站传输至 Facebook。

在本案中，作为一家具有市场支配地位的公司，Facebook 必须考虑到，鉴于其优势力量，用户实际上无法转向使用其他社交网络，其要求用户勾选同意所有条款与条件后方可使用产品，实际上是迫使用户要么接受全部条款和条件，要么不使用社交网络服务，而根据 Facebook 的数据隐私条款和条件，在很多情况下用户是不知道其私人数据被收集处理的，因此，根据 GDPR 的规定，用户对 Facebook 收集、融合、使用其数据的接受并不能称为自主同意。

（四）Facebook 违反 GDPR 的规定从而构成滥用市场支配地位行为

如上所述，联邦卡特尔局认同 Facebook 为维持其商业模式处理社交网络内部的用户数据，但是 Facebook 采集外部的用户数据违反了 GDPR 的规定。

第一，Facebook 具有市场支配地位，在拥有超过 90% 市场份额以及极强的直接网络效应的压力下，它的用户无法转向使用其他社交网络服务，因此，用户在注册时接受全部条款与条件和隐私政策便成为了用户得以使用 Facebook 服务的唯一选择，这并非 GDPR 第 6 条 1（a）下的自主同意，即有效的同意。

第二，除了需要考虑 GDPR 第 6 条 1（a）下的自主同意原则以外，还应该考虑 GDPR 第 6 条 1（b）款下的履行合同所必需原则，即个人数据的处理应当是为了实现数据处理目的而适当的、相关的和必要的。Facebook 基于社交网络本身庞大的用户数据库就可以实现社交网络服务和个性化广告的投放，没有必要从第三方获取并处理数据，否则任何公司都可以仅仅因为其商业模式及产品质量、丰富性等原因无限制地处理数据。因此，无法基于效率考量和个性化服务的需求等理由认为 Facebook 处理外部数据是履行其合同义务的必要性体现。

第三，根据 GDPR 第 6 条 1（f）款来综合评估衡量各方权益，当数据控制者进行必要的数据处理与个人数据利益或基本权利和自由相冲突时，数据控制者不得进行这样的数据处理。Facebook 没能阐明在此过程中它的权益究竟是什么，其所谓个性化或私人化的社交网络商业模式并不构成收集第三方数据的充足理由。相反，执法机构考虑了数据的类型、处理方式，用户的合理期待以及 Facebook 与用户之间的地位对比--Facebook 是拥有巨大谈判优势的支配性企业，而用户大多是缺乏经验的年轻人，无法阻止其大范围地处理数据，而且也没有其他的监控方法，因此，用户的法定权益（数据权益）很有可能在此过程中受损。

此外，联邦卡特尔局还指出 Facebook 的行为进一步强化了它的市场支配地位。通过这种方式，Facebook 拥有更多渠道的数据源，获得了面对竞争对手的不合法的竞争优势，提高了市场壁垒，保障了 Facebook 面对终端消费者的市场支配力。

总之，德国联邦卡特尔局认为，数据保护法和竞争法都会考虑不平等的谈判地位，无论是从竞争法还是数据保护法的角度衡量都会得出相同的结论。由于 Facebook 是一家具有支配力的企业，用户无法保护个人的数据不被广泛收集，在数据披露方面他们自己做不了主。如果服务提供方作为一个支配性企业，且没有足够的竞争压力的话，其交易对手的利益就需要被充分考虑到。尽管数据驱动型的商业模式能够被认可，但 Facebook 从其体系之外收集用户和设备关联数据并将这些数据与 Facebook 的帐户数据进行融合，属于德国《反限制竞争法》第 19（1）条规定的滥用（社交网络市场上的）支配地位实施的剥削性行为。同时，根据欧盟 GDPR 的规定，这些行为也给私人用户与竞争对手造成了伤害。

（五）简要评述

对剥削性滥用行为进行监管的合理性在于具有市场支配力的企业压榨弱小交易对手方的行为，剥削了交易对手的利益进而牟取自身的高额垄断利润，违背了市场交易公平性原则。如果长期容忍此类行为，会损害市场活力，降低社会经济效率。当然，难点在于交易的不公平性很难证明。德国联邦卡特尔局循着 GDPR 的逻辑证明 Facebook 侵害了用户的数据权益：用户在不得不选择无替代性的社交网络工具的压力面前，接受 Facebook 服务协议条款条件与隐私政策并不是其真实自由意志的表现；Facebook 拥有强大的数据资源，实际上没有必要从体系外再采集和使用用户个人数据，但其对不同数据源的收集和融合行为，大大促成了 Facebook 能够为每个用户专门构建专属的独特的数据库（即用户画像），并进一步维持和巩固其市场支配地位。但这样做损害了用户的合法权益，也并不能给社会带来更大的利益。由于 Facebook 侵害的是用户不能被侵害的基础性权利（不存在交易不公平性的证明难题），而它能这样做的原因是因为其具有市场支配地位，那么 Facebook 自然就构成了反垄断法中的滥用行为，同时根据 GDPR，该数据主体的同意也不能作为处理个人数据的有效法律基础。虽然 Facebook 就该数据处理行为对其商业模式运转、实现和提升的重要性的必要性进行了积极抗辩，但显然没能说服执法机构。

二、日本《个人信息指南》的主要内容

2018年末，日本通产省、公平交易委员会等几个部门联合组织研究并形成了一个关于平台经济治理的政策报告，其中提及运用反垄断法对数字平台进行监管的政策选项。为此，日本公平交易委员会着手拟定《个人信息指南》，并于2019年8月发布了征求意见稿，在一个月内收到140多条意见，经修改完善后，于2019年12月7日正式发布。指南共有5条，第1至4条分别解释了“滥用优势交易地位的监管”、“交易相对人（即消费者）”、“面对交易相对人的优势地位”以及“超越普通商业行为的不公正性”的概念，第5条则详细列举了滥用优势交易地位的行为，分为不恰当地收集和使用消费者个人信息两类。指南有不少因应德国 Facebook 案之处。例如，关于如何判断数字平台面对消费者具有优势地位：（1）没有其他数字平台可以给消费者提供替代性服务；（2）即便有其他数字平台可以提供替代性服务，消费者实际上也很难停止使用该服务；（3）该数字平台多多少少能单方面决定一些交易条款（如价格、品质、数量）。此外，关于不恰当地采集消费者个人信息的行为中，列明有：（1）未向消费者申明个人信息的使用目的，其中包括未通过一般性身份识别的情况下采集消费者浏览网页或移动设备位置的信息，即鉴别了个体身份但却未告知对方；（2）违背消费者意愿且超越必要性范畴的情况下采集个人信息，其中也包括消费者被迫同意的情形，而判断消费者是否被迫要基于普通消费者受损的程度来判断；……（4）将消费者提供个人信息作为使用数字平台服务的先决条件。

三、德国与日本的数据隐私竞争政策对中国的启示

日本《个人信息指南》透露的在数据隐私方面的竞争政策取向与德国是非常相近的。德国和日本的反垄断法是少有的明确采纳“滥用相对交易优势地位”概念的反垄断法，两国的反垄断执法机构对于大企业滥用支配力侵害不对等交易对手的行为警惕性更高，因此也不难理解两国在互联网在线平台的隐私政策监管方面也走在第一线。一般而言，企业的隐私政策应当遵守数据保护法，处于数据保护机构的监管之下。反垄断机构之所以要介入，是因为具有市场支配力的互联网在线平台其隐私政策或数据处理行为对个体消费者或用户显失公平，从而对普通私人用户构成了“剥削性滥用行为”。

根据反垄断法，那些可能被数据保护法认可的消费者（用户）对隐私政策的同意以及用户服务协议的达成等行为都将在新的框架和价值标准下重新被审视。如果这一干预措施成立，意味着互联网平台并不能因为用户接受了用户服务协议和隐私政策，即可高枕无忧地随意采集和使用用户个人数据。隐私政策也不可能变成互联网平台无限制采集、整合数据甚至垄断数据资源的避雷

针，反而，隐私政策需要将数据采集、使用的目的清晰、明确地告知用户，并获得用户自由、充分、明确的同意；在数据采集上需确保最小且必要原则，使用数据的目的与方式符合用户的合理期待；并且，隐私政策中需要给予用户享有撤回同意的权利以及保留当不再需要用户个人数据时，将数据进行匿名化或者删除的措施。

在传统反垄断法中，不公平高价行为是典型的“剥削性滥用行为”，互联网平台在数据隐私政策方面的“剥削性滥用”显然是反垄断法在数字经济时代面临的新课题。中国是世界上少数对“剥削性滥用行为”（不公平高价）采取严厉监管措施的国家，中国的反垄断机构对此也拥有丰富的经验。近年来中国的数字经济蓬勃发展，世界级的互联网平台企业在此聚集，中国的反垄断机构对数字经济并不陌生，对该领域的监管水平并不落后于欧美国家。我们相信，日本和德国反垄断机构的做法对包括中国在内的全世界各国反垄断机构都具有很强烈的借鉴意义，也许我们很快将迎来一场“数据与反垄断”的大风暴。

➤ 案例评析 Case Analysis

《反垄断法》下少数股权的共同控制权——基于安博凯基金收购思妍丽未依法申报案的分析

The Concept of Joint Control under Chinese AML: An Analyses on MBK partners/Siyanli Case

环球律师事务所合伙人 万江 | 合伙人 郭嘉

GLO Partner John (Jiang) Wan | Jia Guo

案件背景:

2018年3月,上市公司潮宏基(002345 SZ)发布交易公告,拟以“现金+股份”方式收购上海思妍丽实业股份有限公司(以下简称“思妍丽”)现有其他股东的全部股权。12月28日安博凯直接投资基金JC第四有限合伙(以下简称“安博凯基金”)与思妍丽、思妍丽原股东等签订《股权转让协议》,收购思妍丽23.53%的股权(以下简称“本次交易”)。2019年1月2日,思妍丽完成变更登记。1月8日,安博凯基金和潮宏基、思妍丽签署战略合作协议。同日,潮宏基公告董事会决议撤回收购思妍丽股份的议案以及相关证监会申请。7月1日,潮宏基公告终止收购思妍丽股份。该公告同时披露,本次交易完成后,潮宏基及其关联方持有思妍丽的股份合计份额大概为35.6%左右,安博凯基金持有23.53%的股份,为单一持股第二大股东¹。

2019年6月28日,国家市场监督管理总局对安博凯基金收购思妍丽股权涉嫌未依法申报违法实施经营者集中案(以下简称“安博凯基金收购思妍丽未依法申报案”)进行立案调查。12月20日,作出行政处罚决定,认定:(1)安博凯基金收购思妍丽并取得控制权,属于《反垄断法》第20条规定的经营者集中。(2)安博凯基金和思妍丽作为参与集中的经营者,营业额已经达到申报标准,应当申报。(3)本次收购不会产生排除限制竞争的效果。基于上述调查情况和评估结论,国家市场监督管理总局根据《反垄断法》第48条、第49条和《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》第13条规定,对安博凯基金处以35万元人民币罚款的行政处罚。

¹ 以上信息为综合潮宏基公开披露文件、国家市场监督管理总局处罚文件推算而得,不排除实际情况和推算情况略有出入的可能性。

任何一项较大型的并购交易，在全世界范围内各个国家和地区都应当考虑向反垄断执法机构进行经营者集中申报的合规风险。而评估是否需要申报，通常是按照“控制权是否发生变化？——确定参与集中的经营者——参与集中的经营者营业额是否达到申报门槛？”的路径展开，判断控制权是否发生变化是关键的第一步。以财务投资为主要战略的投资型基金或机构往往因为自认为收购持有少数股权“不实际控制”被投资企业，而忽略了经营者集中申报的问题。安博凯基金收购思妍丽未依法申报案就是一个很典型的案例。处罚决定书透露，反垄断执法机构确认安博凯基金通过收购少数股权取得了思妍丽的“控制权”。和通常意义理解下的控制权不同，该控制权实际是指“共同控制权”，正是由于安博凯基金取得了思妍丽的“共同控制权”，导致思妍丽的控制权发生变化，从而构成了《反垄断法》下的经营者集中。本文拟就收购少数股权的“控制权”问题展开讨论，期望为财务型投资机构面临的经营者集中申报困惑提供一些指引。

一、《反垄断法》下的“控制权”概念

《反垄断法》第 20 条规定了三种属于经营者集中的情形：（1）经营者合并；（2）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；（3）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。国家市场监督管理总局 2020 年 1 月初发布的《〈反垄断法〉修订草案（公开征求意见稿）》增加了一款：“...控制权，是指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”。上述内容可视为目前执法机构对于“控制权”概念的通常理解。根据《关于经营者集中申报的指导意见》，判断经营者是否通过交易取得对其他经营者的控制权，取决于大量法律和事实因素。集中协议和经营者的章程是重要判断依据，但不是唯一的依据。即使从集中协议和章程中无法判断取得控制权，但如果因为股权分散等其他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，通常要考虑以下因素：（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。

《欧盟并购条例》以企业“控制权”变化为核心定义了经营者集中，这一点实际上也为中国所借鉴。因此，欧盟对于“控制权”的认定对于理解和掌握中国反垄断执法机构关于“控制权”的认定也很有帮助。根据 2008 年欧盟委员会发布的《根据〈欧盟并购条例〉明确管辖范畴的通知》（2008/C 95/01），欧盟关于“共同控制权”做如下理解：当两个以上的企业能够对同一个企业实施决定性影响，就被视为共同控制权。与单独控制权不同的是，共同控制权可能会使企业的战略决策陷于僵局。最明显的共同控制权就是两个母公司对同一个合营企业享有相等的投票权，或

者虽然分别只在法律上或事实上持有少数股权，但联合起来可以控制合营企业的经营。另一种表现是少数股东享有额外的、附条件的否决合营企业重大决策的权利，例如修订章程、增资或减资、任命高管和决定公司的财务预算、批准年度经营计划及投资方案等重大事项。这种否决权通常源于合营企业的章程或母公司之间的协议约定。

二、公司法、证券法下的公司控制权与反垄断法下的控制权不尽相同

公司法和证券法下的公司控制权是指对实际支配公司行为的权力，这项权力是以公司股东或实际控制人对公司股权的控制为基础的，一般掌握的标准为持股 50%以上即为控股股东，而在股权分散的情况下（如上市公司），持股 30%以上也被视为对上市公司有控制权，主要还是表现在对股东会或董事会等公司决策机构的控制上。²公司法和证券法中的公司控制权的概念其实与反垄断法下的单独控制权概念近似，在实践中反垄断机构在关于“单独控制”的判断上也会借鉴公司法、证券法下的公司控制权的一些判断标准。然而，公司法上判断公司的控制权归属，实际上是确认公司的最终责任主体，会计准则上确认公司控制权还涉及能否合并财务报表的目的，反垄断法判断公司控制权则是要判断一个经营者对另一个经营者的影响力。反垄断法对于企业之间的联合行为是高度警惕的，两个相互独立的企业仅仅因为交换信息就可能会对市场竞争产生影响，在对企业合并进行竞争评估的过程中，对企业之间相互影响的审查标准就把握得更加严格了。由此也不难理解，公司少数股东虽然不可能像控股股东或实际控制人那般支配公司行为，但是可能对公司的经营决策造成影响，例如在尊重控股股东的投资决策大方向不变的情况下，促使该投资决策作出一些轻微的调整，这就构成了反垄断法下的控制（影响力），只要此类控制（影响力）存在，在反垄断法下，就会将少数股东与控股股东视为公司的共同控制人，享有共同控制权，涉及此类控制的任何变化都会构成反垄断法下的经营者集中。

² 《公司法》第 216 条分别规定了控股股东和实际控制人的概念。《上市公司收购管理办法》第 84 条规定，“有下列情形之一的，为拥有上市公司控制权：（一）投资者为上市公司持股 50%以上的控股股东；（二）投资者可以实际支配上市公司股份表决权超过 30%；（三）投资者通过实际支配上市公司股份表决权能够决定公司董事会半数以上成员选任；（四）投资者依其可实际支配的上市公司股份表决权足以对公司股东大会的决议产生重大影响；（五）中国证监会认定的其他情形。”《〈首次公开发行股票并上市管理办法〉第 12 条“实际控制人没有发生变更”的理解和适用—证券期货法律适用意见第 1 号》中提到“公司控制权是能够对股东大会的决议产生重大影响或者能够实际支配公司行为的权力，其渊源是对公司的直接或者间接的股权投资关系。因此，认定公司控制权的归属，既需要审查相应的股权投资关系，也需要根据个案的实际情况，综合对发行人股东大会、董事会决议的实质影响、对董事和高级管理人员的提名及任免所起的作用等因素进行分析判断。”《国际会计准则第 27 号——合并财务报表和对附属公司投资的会计》中提到：“控制（在本号准则中），是指具有支配一个企业的财务和经营政策，以便从其经营活动中获取利益的能力。”“如母公司直接或通过附属公司间接控制一个企业过半数的表决权，即可认为存在控制权，除非在特殊情况下，能清楚地表明这种所有权并不构成控制。如符合以下条件，即使当母公司拥有另一企业半数或半数以下的表决权，也存在着控制权。（1）根据与其他投资者的协议，拥有半数以上的表决权；（2）根据法规或协议，拥有统驭企业财务和经营政策的能力；（3）有权任免董事会或类似管理机构的大部分成员；（4）在董事会或类似管理机构的会议上，有权投多数票。”

三、投资机构收购少数股权权益的共同控制权例证分析

如上所述，反垄断法下的共同控制实际上包括了两种情形：（1）在没有控股股东或实际控制人的情况下，两个或两个以上的实体可以联合对经营者实施控制；（2）有控股股东或实际控制人的情况下，持有少数股权的股东对经营者的重大决策具有否决权。

安博凯基金收购思妍丽一案实际上就属于第一种情形。当被收购的企业（经营者）没有控股股东或实际控制人的情况下，投资方取得的股权尽管仍属于少数股权，但足以对持股最大的股东产生制衡，这种情形就属于《反垄断法》下的共同控制。因此，在收购少数股权的情况下，判断是否可能构成共同控制，首先要关注的是经营者是否有控股股东或实际控制人。据我们不完全统计，在反垄断执法机构公布的案例中，收购股权份额低于 15% 的并购申报案件就有数十起，其中也大概率会有类似于安博凯基金收购思妍丽案情形的收购申报案例。

第二种情形则是投资型机构收购少数股权较常见的情形。在这种情形下，投资者是否获得了被投资公司的共同控制权，核心是要看少数股权股东对目标公司重大经营决策的影响力。一般而言，在投资条款中，为保障投资者的利益，在公司治理结构、重大事项决定以及股东权利等方面会设置一系列的保障性条款。如果投资方依据投资协议明确对被投资企业的高级管理人员任免、财务预算、经营计划等拥有否决权，通常会被认为对被投资企业拥有共同控制权。具体而言，在投资交易安排中，投资人通常会设置条款要求特定事项（比如管理层人员任免、财务预算和经营计划等）必须获得其委任董事的同意，或者取得其作为股东的同意，此类安排一般都会被认定为共同控制。即使未明确需要取得投资人作为股东或者其委派董事的同意，而是通过较高表决比例间接获得否决权（例如，投资人在 9 人董事会中委任 3 名董事，但是要求特定事项需要获得董事会 4/5 以上成员同意才能通过；或者投资人持股 20%，但是要求特定事项在股东会中需要取得全体股东投票权的 85% 以上方可通过），该等情况下投资方仍将会被认定为拥有了否决权，从而被视为拥有共同控制权。

基于以上，投资机构即使收购标的公司少数权益，实际上仍然有很大概率因为股权结构的设置（可以和其他持股较多主体构成联合控制），或者因拥有特定否决权力而和单独控股权拥有者构成共同控制，进而被认定为构成《反垄断法》下的经营者集中。

四、余论

即便构成《反垄断法》下的经营者集中的少数股权收购，并不意味着必须进行申报，还需要在确定参与集中的经营者的基础上计算各自的营业额。营业额达到法定标准的经营者集中才被认为可能会产生竞争关切，应予申报。营业额的计算也是一个复杂的问题，简单来说，参与并购的双方的最终控制人所控经济实体的营业额（集团营业额）都应当计算在内，理论上此处的控制仍应当为《反垄断法》下的“控制”，但由于涉及合并报表等实务性操作，还存在一定的解释空间。

最后，需要提醒的是，由于目前《反垄断法》所规定的未依法申报行为的罚款金额最高不超过 50 万元，违法成本看似非常低，实务中有一些经营者会选择在应当申报的情况下不进行申报。但是，近年来反垄断执法机构对应报未报违法行为的查处力度越来越大，应报未报被揭露的概率越来越高。《反垄断法》实施十年后，经营者的反垄断合规意识提高非常快。因此，目前大量的应报未报行为案件都是针对即往未被揭露的并购行为，而这些行为被揭露的原因在于并购交易并不是一时一地的“断点”，而是持续在发生的“线条”，在有新的并购活动需要进行申报时，过去应报未报的并购难免被揭露出来，而这对当下申报的案件审查进程难免会有影响。笔者并不赞同经营者为“节约”经营者集中审批的时间而故意“抢跑”的做法，该等“抢跑”操作会给未来留下巨大的合规隐患。此外，目前《反垄断法》正在修订，未来的趋势之一就是应报未报的违法成本会大幅度提高。在《〈反垄断法〉修订草案（公开征求意见稿）》中，应当申报而未申报即实施集中的行为的处罚标准被修改为“上一年度销售额百分之十以下的罚款”，该等处罚标准远远高于目前的标准，目的就是要提高违法成本，真正遏制应报未报的“抢跑”违法行为的发生。基于此，对于达到申报标准的交易，笔者也建议相关主体按照规定提交申报，避免将来《反垄断法》修订之后面临巨额的经济处罚。

➤ 立法及修法建议 **Legislature and Revision Advice**

《反垄断法》向何处去？——从《反垄断法》修订草案看反垄断执法的发展趋势

Trends and development of China AML enforcement

环球律师事务所合伙人 万江

GLO Partner John (Jiang) Wan

2020年1月2日，国家市场监督管理总局官网首页发布了《〈反垄断法〉修订草案（公开征求意见稿）》。根据常规的立（修）法程序，该修订草案经公开征求意见并进一步修改成稿后，还需要经过司法部或全国人大常委会下属专门委员会审改，再提交全国人大或人大常委会修改完善（通常需要经过二审甚至三审），才能审议通过成为正式的法律。因此，该修订草案离最终的《反垄断法》修订案还有很长的一段距离。

然而，这个修订草案的出台至少为修订《反垄断法》建立了一个文本基础，也意味着中国《反垄断法》的第一次修法实实在在地开始了。考虑到该修订草案是由国家市场监督管理总局（反垄断局）发布的，其中也必然汇集了包括专家学者在内的多方智慧，但总体上还是体现了以国家市场监督管理总局（反垄断局）为代表的反垄断行政执法机构的修法态度，我们可以从中窥探出未来一段时期内反垄断执法的新趋势。

首先，修订草案维持了《反垄断法》的原有结构，基本没有对条文顺序做出调整，增加了7个条文，但没有删减条文。涉及增、删、改的条文共计34条，除增加7个条文之外，针对文字表述做出改进（小幅删改）的条文14条，做出较大修改的条文13条。这说明执法机构对于《反垄断法》现有的整体框架是认可的，倾向于进行中、小幅度的修改。过去十年中，反垄断执法机构在查处垄断协议、滥用市场支配地位等违法垄断行为、经营者集中审查、行政性垄断行为的调查等各个方面都取得了令人瞩目的成绩，这些都离不开《反垄断法》。《反垄断法》赋予了执法机构生命与权力，也成为反垄断执法的路径依赖，执法机构没有理由要以推倒重来的方式对《反垄断法》做出大修。

第二，修订草案吸纳了国家市场监督管理总局颁布生效的反垄断规章中的部分内容。说明这些内容在执法机构内部已经取得共识，可以作为新的执法标准来看待。包括修订草案第18条第2款关于垄断协议的豁免增加了“必要性条件”；第21条第2款增加了关于互联网领域经营者支配地位的认定因素；第23条第2款增加了关于经营者集中的“控制权”定义；第50条增加了关于中止调查不适

用于部分核心卡特尔的规定；等等。这些修订大多是技术性的，是对《反垄断法》原本模糊不清之处的澄清和补缺，也是与国际通行反垄断规则的接轨。尽管这些修订还没有最终成为正式的法律条文，但由于大部分都是实务性很强的实操标准，且已经写入执法机构颁布和遵循的反垄断规章，此次更进一步吸纳进了修订草案中，提示我们无论这些内容最终是否会被纳入新的《反垄断法》，都会是未来执法机构所掌握的执法标准和依据。

第三，修订草案中出现的新条文，既有对《反垄断法》的拓展扩张，也有对那些饱受诟病的立法空白的修补，执法机构也迫切希望借助修法扫除因立法缺失而带来的执法障碍。前者包括修订草案中明确提出要“强化竞争政策基础地位”，公平竞争审查也被明确写入法律，这些内容是对现有《反垄断法》的突破，具有很强的政策性。而此次修订草案中增加的关于“辘辐型卡特尔”、经营者集中审查的“停表制度”、经营者集中申报方提供真实准确的资料文件的责任等条款，实实在在地填补了现行《反垄断法》存在的漏洞。更为重要的是本次修订草案中法律责任章节的增修，不仅加大了对对应报未报等违法经营者集中行为的处罚力度，提高了对垄断协议及滥用市场支配地位行为处罚的科学性，而且强化了执法机构对行政性垄断行为查处的权力。此外，还增加了违法垄断行为的刑事责任条款。对法律责任章节的修订，说明执法机构认为目前的垄断行为惩处规定的力度和科学性有待提升，执法机构渴望获得更有力的执法保障，同时希望借此提升《反垄断法》的威慑性和惩罚性。

最后，修订草案中一些细节上的修订非常具有技术性，充分体现了执法者的专业水平。修订草案将垄断协议的定义修改为“本法所称的垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者协同行为”，删除了现行《反垄断法》中“其他”两字。执法机构将协议、决定和协同行为明确区分，“协同行为”在反垄断法中是一个有独特内涵的概念，不应当将之与协议或决定等混为一谈，这显然是符合反垄断法理论共识的。再如，第六章的标题修改为“对涉嫌违法行为的调查”，也反映出执法机构将“垄断行为”与“违法行为”区分开的态度，实际上“垄断行为”并非必然是违法行为，且不说那些符合豁免条件的垄断行为其实都是合法行为，还有大量适用中止调查程序（也即和解程序）的垄断行为也并非是被定性为违法行为的。这些修订细节，看似不起眼，容易被忽略，背后却蕴涵着深刻的反垄断法理论共识，有助于解决过去在理论和实务上纠缠不清的概念争论。

《反垄断法》是市场经济的基本法律，牵一发而动全身，因此《反垄断法》的修订才广受关注。立法/修法是社会各方利益博弈的过程，同时立法者也须尊重《反垄断法》自身的规律性。全世界各国的《反垄断法》大约每隔几年就要进行一次修订，这是因为《反垄断法》与国家经济生活关联紧密，互动频仍。2007年颁布《反垄断法》本身就是一个里程碑式的进步，自其实施以来深刻的影响着国家经济发展和普通百姓的个人生活，其所确立的“四大支柱”和特有的程序、责任制度也符合国际标准和潮流，应予肯定。但毕竟已经过去11年，确有修订的必要，至于是进行大修、中修还是

小修，取决于多方面的因素。无论如何，我们都希望此次修订至少能解决《反垄断法》中那些技术性缺陷和逻辑矛盾，我们也相信此次修订一定会是《反垄断法》的一大进步。如果从这个视角看，执法机构提出的修订草案虽嫌保守但不失务实，为接下来的修法进程打下了扎实的基础，我们完全有理由相信未来人们会看到一部更好的《反垄断法》。

本期作者简介 Introduction to the Author

万江律师为环球律师事务所常驻北京的合伙人。万江律师自 2005 年开始执业。曾长期就职于国家发改委反垄断局，主要从事反垄断执法、立法和国际交流工作，先后主办、承办数十起反垄断案件，主笔起草关于反垄断宽大制度、承诺和解制度的反垄断指南草案。2012 年 2 月至 7 月期间万江律师获派赴欧盟竞争总司及爱尔兰竞争局实习工作。万江律师著有《中国反垄断法——理论、实践与国际比较》（第二版，中国法制出版社 2017 年 6 月出版）、《<企业国有资产法>释义》、《劳务派遣法律实务操作指引》等专著。

邮箱: wanjiang@glo.com.cn



Dr. Wan is a partner of Global Law Office in Beijing. Dr. Wan has extensive experience with complex antitrust and competition law issues. Prior joining Global Law office, he served as a senior case handler at Price Supervision and Anti-monopoly Bureau(PSAB) of National Development and Reform Commission(NDRC) participating in a number of significant anti-trust & cartel investigations and leading the draft of Leniency Program and Commitment Rules under China's Anti-monopoly Law. Dr. Wan received an intensive training in both DG Competition of the European Commission and Irish Competition Authority in 2013. He acquired Ph.D. in law in 2010 at China University of Political Science and Law.

Email: wanjiang@glo.com.cn

孟洁律师是环球律师事务所常驻北京的合伙人，其主要执业领域为网络安全与数据合规、个人信息隐私保护、电子商务与网络法。孟律师曾就职于 Google 和大众投资的 AI 独角兽公司（出门问问信息科技有限公司），任总法律顾问和数据保护官，负责法律、合规、知识产权、政策研究和政府关系等方面。孟律师曾就职于法国知名效果类互联网广告公司 Criteo 任中国区首席法律顾问和诺基亚通信（中国）有限公司任大中国区法律顾问。

邮箱: mengjie@glo.com.cn



Maggie Meng is a partner based in our Beijing office, she is specialized in cybersecurity and data protection and regulatory compliance in the field of TMT & IoT, e-commerce and internet ad.

Her present clients mostly are notable internet giants, unicorn companies, commercial banks, Fintech Companies, IoT companies and pharmaceutical industrial companies.

Email: mengjie@glo.com.cn



郭嘉律师是环球律师事务所常驻北京的合伙人，其主要执业领域包括：资本市场法律服务（境内外上市、新三板以及债券发行）、PE/VC 投融资相关法律服务、以及泛资产管理类（信托计划、保险资金运用类资管计划以及不良资产处置等）法律服务。郭律师拥有中国律师资格，并通过了美国纽约州律师执业资格考试。

邮箱: guojia@glo.com.cn

Jia Guo is a partner based in GLO Beijing office and specialized in capital markets, PE/VC, and asset management. He is admitted to practice in China and the State of New York.

Email: guojia@glo.com.cn

环球反垄断招募信息 Recruit Information

环球反垄断团队近期拟招募以下人员：

1、高级律师

要求：国内外知名大学法学院研究生毕业，从事反垄断法律实务工作 3 年以上，具有中国律师执业资格，可以英文为工作语言，男女不限。

2、初级律师

要求：国内外知名大学法学院研究生毕业，通过司法考试或已经取得律师执业资格，具有 1-2 年反垄断法律实务工作经验，英文流利，30 岁以下，男女不限。

3、实习生

要求：国内外知名大学法学院竞争法方向研二、研三年级硕士研究生，通过司法考试，英文流利者优先，要求每周至少保证三天以上工作时间。

有志加入环球反垄断团队者，可将个人电子简历等资料投递到环球人力资源部电子邮箱：

hr@glo.com.cn，并注明“反垄断业务申请”。

环球简介 Introduction to GLO

环球律师事务所（“我们”）是一家在中国处于领先地位的综合性律师事务所，为中国及外国客户 就各类跨境及境内交易以及争议解决提供高质量的法律服务。

历史. 作为中国改革开放后成立的第一家律师事务所，我们成立于 1984 年，前身为 1979 年设立的中国国际贸易促进委员会法律顾问处。

荣誉. 作为公认领先的中国律师事务所之一，我们连续多年获得由国际著名的法律评级机构 评选的奖项，如《亚太法律 500 强》（The Legal 500 Asia Pacific）、《钱伯斯杂志》（Chambers & Partners）、《亚洲法律杂志》（Asian Legal Business）等评选的奖项。

规模. 我们在北京、上海、深圳三地办公室总计拥有逾 400 名的法律专业人才。我们的律师 均毕业于中国一流的法学院，其中绝大多数律师拥有法学硕士以上的学历，多数律师还曾学习或工作 于北美、欧洲、澳洲和亚洲等地一流的法学院和国际性律师事务所，部分合伙人还拥有美国、英国、德国、瑞士和澳大利亚等地的律师执业资格。

专业. 我们能够将精湛的法律知识和丰富的执业经验结合起来，采用务实和建设性的方法解决法律问题。我们还拥有领先的专业创新能力，善于创造性地设计交易结构和细节。在过去的三十多年里，我们凭借对法律的深刻理解和运用，创造性地完成了许多堪称“中国第一例”的项目和案件。

服务. 我们秉承服务质量至上和客户满意至上的理念，致力于为客户提供个性化、细致入微 和全方位的专业服务。在专业质量、合伙人参与程度、客户满意度方面，我们在中国同行中名列前茅。在《钱伯斯杂志》举办的“客户服务”这个类别的评比中，我们名列中国律师事务所首位。

环球反垄断团队介绍 Introduction to GLO Antitrust Practice Group

环球反垄断团队由十余名合伙人和律师组成，其中一些合伙人和律师既有实务操作经验也有丰富的执法经验，已为医药、互联网、汽车、电器、IT、食品、化工、航运、零售等行业的众多境内外客户提供一站式反垄断专业服务，服务范围包括经营者集中申报、反垄断调查、反垄断诉讼、反垄断风险防范与合规等。我们对中国反垄断法律法规及其实践具有深刻认识和专业理解。我们的主要服务内容包括：

- 为客户提供关于垄断、不正当竞争的风险防范以及合规审查的法律咨询；
- 就境内外经营者集中起草反垄断申报报告；
- 代表客户进行反垄断申报；
- 代表客户应对反垄断部门发起的反垄断调查；
- 代表客户进行反垄断民事和行政诉讼等。

版权与免责 Copyright and Disclaimer

版权. 环球律师事务所保留对本文的所有权利。未经环球律师事务所书面许可，任何人不得以任何形式或通过任何方式复制或转载本文任何受版权保护的内容。

免责. 本报告不代表环球律师事务所对有关法律问题的法律意见，任何仅依照本报告的全部或部分内容而做出的作为和不作为决定及因此造成的后果由行为人自行负责。如您需要法律意见或其他专家意见，应该向具有相关资格的专业人士寻求专业帮助。

联系我们. 如您欲进一步了解本报告所涉及的内容，您可以通过下列联系方式联系我们。

环球律师事务所（北京总部）

北京市朝阳区建国路81号华贸中心1号写字楼15层&20层 邮编：100025

电话：(86 10) 6584 6688

传真：(86 10) 6584 6666

电邮：global@glo.com.cn

环球律师事务所（上海）

上海市黄浦区湖滨路150号企业天地5号楼26层 邮编：200021

电话：(86 21) 2310 8288

传真：(86 21) 2310 8299

电邮：shanghai@glo.com.cn

环球律师事务所（深圳）

深圳市南山区深南大道 9668 号华润置地大厦 B 座 27 层 邮编：518052

电话：(86 755) 8388 5988

传真：(86 755) 8388 5987

电邮：shenzhen@glo.com.cn

北京市朝阳区建国路81号华贸中心
1号写字楼15层&20层 邮编: 100025
15 & 20/F Tower 1, China Central Place,
No. 81 Jianguo Road Chaoyang District,
Beijing 100025, China
电话/T. (86 10) 6584 6688
传真/F. (86 10) 6584 6666

上海市黄浦区湖滨路150号企业天地
5号楼26层 邮编: 200021
26F, 5 Corporate Avenue,
No. 150 Hubin Road, Huangpu District,
Shanghai 200021, China
电话/T. (86 21) 2310 8288
传真/F. (86 21) 2310 8299

深圳市南山区深南大道9668号
华润置地大厦B座27层 邮编: 518052
27th Floor Tower B, China Resources Land Building
No. 9668 Shennan Avenue, Nanshan District,
Shenzhen 518052, China
电话/T. (86 755) 8388 5988
传真/F. (86 755) 8388 5987