上海政法学院学术文库
经济法学系列

ECONOMIC LAW SERIES

丛书总主编 倪振峰

经营者集中控制制度的理论与实务

丁茂中 林 忠 著

ECONOMIC LAW SERIES

復旦大學出版社

上海市教育委员会重点学科建设项目资助（项目编号：J52101）

ECONOMIC LAW SERIES

上海政法学院学术文库
经济法学系列

丛书总主编　倪振峰

经营者集中控制制度的理论与实务

丁茂中　林　忠　著

复旦大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

经营者集中控制制度的理论与实务/丁茂中,林忠著. —上海:复旦大学出版社,2012.8
ISBN 978-7-309-09098-7

Ⅰ. 经… Ⅱ. ①丁…②林… Ⅲ. 企业管理-研究 Ⅳ. F270

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 162388 号

经营者集中控制制度的理论与实务
丁茂中 林 忠 著
责任编辑/张 炼

复旦大学出版社有限公司出版发行
上海市国权路 579 号 邮编:200433
网址:fupnet@fudanpress.com http://www.fudanpress.com
门市零售:86-21-65642857 团体订购:86-21-65118853
外埠邮购:86-21-65109143
江苏省句容市排印厂

开本 787×960 1/16 印张 11.5 字数 179 千
2012 年 8 月第 1 版第 1 次印刷

ISBN 978-7-309-09098-7/F · 1847
定价: 30.00 元

如有印装质量问题,请向复旦大学出版社有限公司发行部调换。
版权所有 侵权必究

序　言

如果要用一个形象的例子来诠释“法律的生命在于实践”，那么反垄断法，尤其是反垄断法中的经营者集中控制制度就是最好的选择。自《中华人民共和国反垄断法》颁布和施行以来，中国商务部（反垄断局）在短短的两三年时间内已经处理了一百四十余起各类的经营者集中案件，其中不乏一些在国内外引起重大社会影响和关注的案件。在这种背景下，原本不为社会大众所知和熟悉的反垄断法逐步走入了人们的视野，原本只是存在于纸面上的“经济宪法”开始栩栩如生地跃然于我国的经济活动中，很多经营者和消费者渐渐地感觉到“达摩克利斯之剑”的锐气。

为了能够更好地使得企业理解与把握我国反垄断法中的经营者集中控制制度，促进我国反垄断法的进一步科学实施，本书根据我国现行的相关规定，结合作者在上海政法学院竞争法研究中心与上海瑛明律师事务所的理论研究与实务操作中获取的一些知识和经验，主要对我国经营者集中控制制度的实体内容进行了梳理与探析，期望能够对相关方面的应用型教学和实务型操作有所裨益。由于水平有限，不足之处请读者多多包涵与指正。

丁茂中　林忠

2012 年 8 月　上海

目　录

第一章　经营者集中的基本范畴 …… 1
一、经营者合并 …… 1
（一）新设合并 …… 1
（二）吸收合并 …… 2
二、经营者取得控制权 …… 4
（一）控制权的取得方式 …… 4
（二）控制权的理解 …… 5
三、经营者能够对其他经营者施加决定性影响 …… 8
（一）反“托拉斯”的启示 …… 8
（二）具体表现形式 …… 9
四、经营者设立合营企业 …… 10
（一）设立合营企业的行为性质 …… 10
（二）欧盟的经验 …… 11
本章小结 …… 13

第二章　经营者集中的申报制度 …… 15
一、经营者集中的申报标准 …… 15
（一）不同国家和地区的申报标准 …… 15
（二）中国申报标准的选择 …… 17
（三）中国申报标准的操作 …… 20
二、经营者集中的申报材料 …… 27
（一）申报材料的相关规定 …… 27
（二）相关规定可能存在的不足 …… 30
（三）有关影响竞争部分的材料撰写 …… 32
（四）有关集中的积极效果方面的材料撰写 …… 35
本章小结 …… 38

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

第三章　经营者集中的竞争审查 …… 39
一、相关市场的界定工作 …… 39
（一）界定的方法 …… 39
（二）界定的维度及其权衡因素 …… 46
二、经营者集中的控制标准 …… 58
（一）我国控制标准的条文表述 …… 58
（二）我国控制标准的立法不足 …… 60
三、经营者集中的竞争评估 …… 71
（一）竞争评估的主要权衡因素 …… 71
（二）影响市场竞争的两种集中效应 …… 76
本章小结 …… 80

第四章　经营者集中的附条件问题 …… 81
一、附条件的类型 …… 81
（一）资产剥离 …… 81
（二）产能剥离 …… 83
（三）准许接入 …… 84
（四）修改长期的独家协议 …… 85
（五）不作为 …… 87
二、资产剥离机制的剖析 …… 87
（一）剥离对象的遴选 …… 88
（二）合适购买者的确定 …… 91
（三）成活性的保障 …… 94
三、反垄断法中的资产剥离机制 …… 98
（一）SCP 范式与运行轨制的元数 …… 98
（二）运行轨制的性质差异及形态安排 …… 102
（三）运行轨制的选择与制度协调 …… 104
（四）中国反垄断法中的资产剥离机制 …… 106
本章小结 …… 109

附录 …… 110
美国司法部和联邦贸易委员会横向合并指南 …… 110
美国司法部合并救济措施执法政策指南 …… 150

第一章　经营者集中的基本范畴

作为现代“经济宪法”的关注对象，经营者集中控制制度中的“经营者集中”有着特定或者法定的范畴。只有当企业所实施的具体行为落入这个范畴内时，反垄断法上的经营者集中控制制度才可以对其进行合理规制。因此，探讨与厘定“经营者集中”涵盖的基本范畴是非常重要的。《中华人民共和国反垄断法》第20条规定，经营者集中是指下列情形：(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。

一、经营者合并

由于经营者合并直接导致参与相关市场竞争的主体在数量上的明显减少，因此，经营者合并是现代反垄断法上经营者集中控制制度的最为原始关注对象。根据合并前后主体的差异，经营者合并可以分为新设合并与吸收合并。

(一) 新设合并

新设合并是指两个或两个以上的经营者合并后，成为一个新的经营者，参与合并的原有各经营者均归于消灭的经营者合并。以公司为组织形态的经营者之间的新设合并为例，新设合并可以通过以下两种方式进行：第一，由新设公司以现金方式购买部分参与合并公司的资产或股份，该部分参与合并公司的股东丧失其股东资格，剩余股东持有新设公司发行的股份，成为新设公司的股东；第二，新设公司发行新股，参与合并公司的股份全部转化为新公司的股份，成为新设公司的股东。在新设合并中，新设立的公司具有新的公司名称，但对参与合并公司的全部资产和负债概括承受。

【示例】

无锡市商业银行、苏州市商业银行等10家城市商业银行新设合并江苏银行

2003年8月，在南京召开的全国城市商业银行会议上，银监会和江苏地方政府均表示支持和鼓励江苏本地城市商业银行通过合并重组实现做大做强的愿望。2006年1月25日，江苏银行的合并重组工作正式启动。

2006年2月28日，江苏省内的无锡市商业银行、苏州市商业银行、南通市商业银行、常州市商业银行、淮安市商业银行、徐州市商业银行、扬州市商业银行、镇江市商业银行、盐城市商业银行和连云港市商业银行10家商业银行共同签署了《江苏省城市商业银行合并重组协议》，协议约定合并重组的内容是“实施合并统一法人；综合处置不良资产；募集新股充实资本；构建现代银行体制”，协议约定合并重组的形式是10家城市商业银行通过新设式合并，共同成立“江苏银行股份有限公司”。江苏银行总部设在南京，实行一级法人管理，授权经营，统一核算；合并方银行在合并后各自独立法人资格取消，原有债权债务由新设立的江苏银行承继。

2006年12月，经中国银行业监督管理委员会（以下简称银监会）《关于筹建江苏银行股份有限公司的批复》（银监复[2006]379号）的批复同意，由该10家城市商业银行合并重组设立江苏银行股份有限公司，简称江苏银行，金融业务许可证编号为D10123010H0001。江苏银行2007年1月22日取得江苏省工商行政管理局颁发的企业法人营业执照（注册号为320000000022189），同时原10家城市商业银行法人资格已注销。

新设合并后的江苏银行注册资本为7 850 000 000.00元，其中：原10家城市商业银行经清产核资、资产评估后，以其评估后净资产出资折股4 313 193 757.00元，江苏省国际信托投资有限责任公司等法人股东以现金出资折股增资3 536 806 243.00元，增资后，江苏银行的第一大股东为江苏省国际信托投资有限责任公司，持股比例为11.59%。

（二）吸收合并

吸收合并是指两个或两个以上的经营者合并后，其中一个经营者吸收其他经营者而继续存在，而被吸收的各经营者主体资格同时消灭的经营者合并。

合并方(或购买方)通过经营者合并取得被合并方(或被购买方)的全部净资产,合并后注销被合并方(或被购买方)的法人资格,被合并方(或被购买方)原持有的资产、负债,在合并后成为合并方(或购买方)的资产、负债。以公司为组织形态的经营者之间的吸收合并为例,吸收合并可以通过以下两种方式进行:第一,吸收方以倾向资金购买被吸收方的全部资产或股份,被吸收方以所得货币资金付给原有公司股东,被吸收方公司股东因此失去其股东资格。第二,吸收方发行新股以换取被吸收方的全部资产或股份,被吸收公司的股东获得存续公司(吸收方)的股份,从而成为存续公司的股东。存续的公司仍保持原有的公司名称,并对被吸收公司全部资产和负债概括承受。

【示例】

TCL 集团吸收合并 TCL 通讯[①]

2003 年 9 月 29 日,TCL 集团与 TCL 通讯签署了《合并协议》。协议约定 TCL 集团以吸收合并方式合并 TCL 通讯,并确定每股 TCL 通讯流通股的折股价格以及折股比例的计算公式,该折股比例即为在换股合并中每股 TCL 通讯流通股股票可以换取 TCL 集团流通股股票的数量。本次合并以下述条件均实现后的次日为合并生效日:(1) 合并方案分别经 TCL 集团、TCL 通讯股东大会审议通过并经有关审批机关批准;(2) TCL 集团的发行获得中国证监会核准;(3) TCL 集团首次公开发行结束且认股款划款交割完成。本次合并以 TCL 集团完成变更登记和 TCL 通讯完成注销登记手续之日为合并完成日;以 2003 年 6 月 30 日作为合并基准日,双方在合并生效后以合并基准日当天的财务状况编制合并财务报表;TCL 通讯的全部资产、负债及权益并入 TCL 集团,其现有的法人资格因合并注销,变更为 TCL 集团的分公司。

TCL 集团对 TCL 通讯的换股合并与 TCL 集团的首次公开发行"同时进行、互为条件"。TCL 集团向 TCL 通讯全体流通股股东换股发行 TCL 集团人民币普通股,TCL 通讯的全部资产、负债及权益并入 TCL 集团。本次换股合并的折股价格为人民币 21.15 元,该价格为 2001 年 1 月 2 日至 2003 年 9 月 26 日期间 TCL 通讯流通股的历史最高交易价。按该折股价格计算,每股 TCL 通讯流通股股票可得4.964 788 73股 TCL 集团流通股股票

① 参见李雨龙、陈景云主编:《投资并购经典案例法律评析》,法律出版社 2008 年版。

(TCL通讯流通股折股价格21.153元/TCL集团IPO发行价格4.26元),换股发行数量为404 395 944股(TCL通讯流通股数量81 452 800股×折股比例)。

2003年10月24日,商务部批准TCL集团与其全资附属公司TCL通讯设备(香港)有限公司签订的《股权转让协议》,批准TCL集团受让TCL通讯25%股份。2003年11月20日,中国证监会同意豁免TCL集团因增持TCL通讯4 702.72万股外资发起人股而应履行的要约收购义务。2003年11月28日,商务部批准了上述吸收合并方案。2003年12月25日,TCL集团受让TCL通讯设备(香港)有限公司持有的TCL通讯发起人境外法人股4 702.72万股,并办理了过户登记手续,TCL通讯设备(香港)有限公司不再持有TCL通讯的股份。TCL集团直接持有公司法人股约1.067亿股,占总股本的56.7%。2004年1月13日,TCL通讯中止上市;2004年1月30日,TCL集团公开发行完成并挂牌交易。

二、经营者取得控制权

虽然经营者取得控制权这种方式在形式上没有导致相关市场竞争主体在数量上的减少,但是它在不同程度上实质性地削弱了市场竞争力度,导致不同范围内的经济力量趋于集中,因此,经营者取得控制权这种方式同样在现代反垄断法上经营者集中控制制度的关注对象范围内。

(一)控制权的取得方式

根据《中华人民共和国反垄断法》第20条规定,目前,我国暂时明确关注的控制权取得方式为股权取得方式、资产取得方式和合同取得方式。对于其他潜在的方式,则还有待于相关权力部门对"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"条文中的"等"的含义进行细化解释,并且由相应权力部门对新出现的控制权获取方式加以确认。在股权取得方式、资产取得方式和合同取得方式中,从目前的实践来看,股权取得方式的使用较为普遍。

【示例】

AB公司对青岛啤酒的战略投资

安海斯—布希公司(简称"AB公司")是一家总部位于美国密苏里州圣路易斯市,其拥有的百威品牌是世界销量第一的啤酒品牌,在世界上10个

国家生产，行销80多个国家。

1993年7月15日，青岛啤酒在香港挂牌交易，作为战略投资者获定向配售青啤4 500万股，占当时青啤总股本的5%。2002年10月21日，青岛啤酒与AB公司在美国纽约签署了《战略性投资协议》。根据《战略性投资协议》，AB公司将有条件地向青岛啤酒分三部分认购总值为1 416 195 342.00港元的由青岛啤酒发行的可转换债券，该可转换债券将强制性地转换成308 219 178股H股股份。第一部分之转股：第一部分债券在第一及第二部分成交后3个月期满时立即并且自动全数一次性（而不是分多次）转股。转股后，AB公司持有的青岛啤酒的股份将占青岛啤酒因转股而扩大的股本的9.9%。第二部分之转股：第二部分债券可在第一及第二部分成交后7年内由AB公司酌情全数一次性（而不是分多次）转股，若该7年内并未转股，届时此部分将自动进行转换。转股后，AB公司持有的青岛啤酒的股份将占青岛啤酒因转股而扩大的股本的20%。第三部分之转股：第三部分可在第一及第二部分成交后7年内由AB公司酌情全数一次性转股。若7年内并未转股，届时此部分将自动进行转换。转股后，AB公司持有的青岛啤酒的股份将占青岛啤酒因转股而扩大的股本的27%。

（二）控制权的理解

何种程度上形成“取得对其他经营者的控制权”，对于这个问题，我国曾经试图作出解释。在2009年1月商务部反垄断局关于公开征求对《经营者集中申报暂行办法（征求意见稿）》意见的通知中，征求意见稿的第3条规定，《反垄断法》第20条第二、三款所称“取得对其他经营者的控制权”包括：（1）取得其他经营者50%以上有表决权的股份或资产；（2）虽未取得其他经营者50%以上有表决权的股份或资产，但通过取得股权或资产以及通过合同等方式，能够决定其他经营者一名及以上董事会成员和核心管理人员的任命、财务预算、经营销售、价格制定、重大投资或其他重要的管理和经营决策等。但是由于在该问题上的认识存在较大分歧和“控制权”的认定情况本身是比较复杂的，所以在中华人民共和国商务部2009年第11号令公布的《经营者集中申报办法》中并没有对“取得对其他经营者的控制权”这个复杂而又重要的问题作出明确规定。这就给经营者集中的申报工作带来了诸多的不便和不确定性。

从我国目前的其他法律来看，对《中华人民共和国反垄断法》有关经营

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com

者集中的“控制权”的理解起到一定参考价值的就是《中华人民共和国公司法》和《上市公司章程指引》(2006 年修订)有关控股股东的规定。《中华人民共和国公司法》的第 217 条规定：控股股东是指其出资额占有限责任公司资本总额 50%以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额 50%以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足 50%，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。《上市公司章程指引》的第 192 条规定：控股股东是指其持有的股份占公司股本总额 50%以上的股东；持有股份的比例虽然不足 50%，但依其持有的股份所享有的表决权已足以对股东大会的决议产生重大影响的股东。但是这些规定的参考适用范围是非常有限的，它们只能适用于股权取得方式，对于资产取得方式和合同取得方式是难以起到作用的。

“他山之石，可以攻玉。”在目前这种情况下，我国可以合理参考和借鉴其他国家或者地区的做法。从发达国家或者地区的相关情况来看，欧盟在这方面相对走在前列，值得我们学习或者参考。为了澄清企业合并条例中的“集中”概念，欧盟专门发布了《关于集中概念的委员会通知》。在该指导文件中，欧盟对“获得控制权”作了比较详细的探索性规定。

《关于集中概念的委员会通知》在第一部分的第 4 条中指出：依据合并条例判定是否存在集中应基于质量而不是数量标准，侧重于控制权的概念。这些标准既包括法律考虑也包括事实考虑。因此可以得出结论，集中可能在法律或者事实的基础上发生。《关于集中概念的委员会通知》的第三部分对“获取控制权”的三大类情形作了阐述，即单独控制权、共同控制权和以否决权为基础的单一股东控制。

单独控制权：如果一家企业获得一家公司的多数投票权，则通常就获得了法律意义上的单独控制权。在“特定的少数”的情况下，亦可获得单独控制权。这一点可以由法律和/或事实证明。从法律上讲，这种情况可能发生在特定权利随附于少数股权时。其可能是可以获得多数投票权的优先股或者是其他使少数股东能够决定目标公司的战略性商业行为的权利，例如任命一半以上监事会或管理委员会成员的权力。少数股东亦可依据事实被视为具有单独控制权。例如，当由于其他股权十分分散，因此该股东很可能在股东大会上赢得多数票时，就是这种情况。在这种情况下，所有小股东都会出席或派代表出席是不可能的。特定情况下，是否存在单独控制权的判定取决于前一年股东出席的证据。依据出席股东大会的股东的人数，如果

少数股东在这个会议上具有稳定的多数投票权，则该较大的小股东被视为具有单独控制权。

共同控制权：如果两个或两个以上企业或个人有可能对另一家企业施加决定性影响，则视为存在共同控制权。与给予特定股东决定企业战略决策的单独控制权不同，共同控制权的特点是：由于两个或两个以上母公司具有否决拟议战略决策的权力，而有可能出现僵局。因此，由此可以推断出，这些股东在决定合营企业的商业政策时必须达成共识。在评估否决权相对重要性的过程中，如果存在很多否决权，则不应对其进行孤立的评估。相反，判定是否存在共同控制权取决于对这些否决权整体的评估。但是，如果一项否决权既不涉及商业政策和战略也不涉及预算或经营计划，则该否决权是不能视为赋予其持有人以共同控制权的。

以否决权为基础的单一股东控制：如果只有一个股东能够否决一个企业的战略决策，但是该股东本身没有权力强行通过此种战略决策，则属于例外情况。在一个股东持有一个企业 50％的股权，而另外 50％的股权为两个或两个以上少数股东持有，或者作出战略决策的法定人数要求实际上只赋予一个少数股东否决权时，通常会发生此种情况。在这种情况下，一个单一股东能够施加的影响与几个共同控制的股东通常能够施加的影响相同，即阻止战略决策的通过。但是，该股东并不具有持有单独控制权的企业通常被赋予的权力，即强行通过战略决策的权力。由于与共同控制权的通常状况相比，该股东能够制造僵局，因此他获得了决定性影响力，从而获得了《关于企业集中控制的(EC)等 139/2004 号理事会条例》意义上的控制权。

《关于集中概念的委员会通知》的第四部分对“获取控制权”不属于“集中”的三种情形作了特别说明：第一，在公司的正常活动包括为其自身考虑以及其他公司考虑进行证券交易的情况下，如果其对证券的获取是在该等业务的框架内进行，并且如果该等证券的持有仅为暂时性的，则该证券获取不构成集中。第二，如果公职人员依据成员国有关清算、解散、破产、停止支付、和解或类似程序的法律获得控制权，则因为不存在控制权的变更，所以亦不存在合并条例意义上的集中。第三，在共同体理事会第四号指令 78/660/EEC 意义上的金融控股公司获得控制权的情况下，如果该公司行使投票权仅仅是为了保持其投资的充分价值并不以其他方式直接或间接决定受控企业的战略性商业行为，则不发生集中。

三、经营者能够对其他经营者施加决定性影响

经营者通过合同等方式能够对其他经营者施加决定性影响的行为在绝大多数国家或者地区构成现代反垄断法意义上的“经营者集中”。

（一）反“托拉斯”的启示

现代的反垄断法律制度在美国用英文表述即为“Antitrust law”，直译成为中文就是“反托拉斯法”。“反托拉斯法”，顾名思义，即反对（Anti-）托拉斯（Trust）之法。“托拉斯”作为一种高级的垄断组织，它的设计灵感却起源于信托制度（Trust）。

“一次偶然的机会，洛克菲勒在一本公开发行的刊物上发现一篇文章，里面写道：小商人时代结束，大企业时代来临。他感到这与自己的垄断思想不谋而合，就对文章予以高度评价，并以高达500美元的月薪聘请文章的作者多德为法律顾问。多德是个年轻的律师，他走红后，就千方百计为洛克菲勒的公司寻找法律上的漏洞。一天，他在仔细研读《英国法》中的信托制度时，突然产生出灵感，提出了‘托拉斯’这个垄断组织的概念。洛克菲勒在1882年1月20日召开标准石油公司的股东大会，组成9人的‘受托委员会’，掌管所有标准石油公司的股票和附属公司的股票。洛克菲勒理所当然地成为该委员会的委员长。随后，受托委员会发行了70万张信托证书，仅洛克菲勒等4人就拥有46万多张，占总数的2/3。就这样，洛克菲勒如愿以偿地创建了一个史无前例的联合事业——托拉斯。在这个托拉斯结构下，洛克菲勒掌控了40多家厂商，垄断了全国80%的炼油工业和90%的油管生意。”①

“垄断导致毁灭，1890年美国国会以几乎全票通过《谢尔曼反托拉斯法》，宣判了托拉斯的死刑，并直接拿仁慈的资本家——全国最富有者洛克菲勒问斩。随着1911年标准石油公司的肢解和1914年《克莱顿法》与《贸易委员会法》的出台，经济活动中，商人与社会公众开始牢记《贸易委员会法》法案的前13个字‘商业中不公平竞争是非法的’这句庄严的警告。”②

美国“托拉斯”的出现与“反托拉斯法”的产生非常精妙地解释了为何“经营者通过合同等方式能够对其他经营者施加决定性影响”的行为成为现

① 康丽：《88位世界富豪的成长记录》，中国戏剧出版社2005年版。

② 余南平：《警惕托拉斯还魂》，《国际金融报》2003年6月24日。

代反垄断法上经营者集中控制制度的关注对象。

（二）具体表现形式

经营者通过合同等方式能够对其他经营者施加决定性影响的现象在现代商业活动中到处存在，它的具体表现形式是多种多样的，如委托经营、连锁店加盟、特定产业链上的长期供销合作、人事托管等。

【示例】

海南珠江控股委托新加坡辅特集团经营三亚万嘉戴斯度假酒店[①]

一、委托经营概述。本公司全资子公司三亚万嘉酒店管理有限公司投资建设的三亚万嘉戴斯度假酒店于2007年12月底试业。为提升酒店的品牌经营能力，三亚万嘉酒店管理有限公司于2007年7月25日酒店开业筹备期间与新加坡辅特集团有限公司(Frontier Group Pte. Ltd)签订协议，全权委托其进行酒店经营管理。本公司第五届董事会第十四次会议于2008年4月14日批准了该委托经营议案。该协议双方不存在关联关系。

二、协议双方基本情况。(1) 三亚万嘉酒店管理有限公司：本公司全资子公司，注册地：海南省三亚市，注册资本：人民币10 800万元，法定代表人：郑清，公司拥有三亚万嘉戴斯度假酒店。(2) 新加坡辅特集团有限公司(Frontier Group Pte. Ltd)：系根据新加坡法律注册的合法公司，法定地址：45 Cantonment Road Singapore 089748，公司获得美国DIW和Wyndham国际酒店集团合法授权在中国区域内(包括香港和澳门)使用和许可他方使用Days(戴斯)系列之酒店品牌。

三、协议标的基本情况。三亚万嘉戴斯度假酒店是由本公司全资子公司三亚万嘉酒店管理有限公司在三亚市三亚湾海坡开发区按国际五星级标准投资建设的滨海休闲度假酒店，包括188套客房和各项配套设施。根据大信会计师事务所审计报告，截至2007年12月31日，酒店公司总资产为30 200万元，净资产为10 039万元。

四、协议主要内容。(1) 全权委托新加坡辅特集团有限公司经营管理

① 《珠江控股(000505)关于三亚万嘉戴斯度假酒店委托经营事项的公告》，《上海证券报》2008年4月17日。

三亚万嘉戴斯度假酒店。(2) 一次性支付每套客房100美元的品牌加盟费。(3) 新加坡辅特集团有限公司按酒店经营总收入的2.5%收取基本管理费,按经营总收入的1%收取全球市场推广费,按经营毛利润的5%收取鼓励性管理费。(4) 协议有效期为10年,若酒店连续两年未达到经营目标时,三亚万嘉酒店管理有限公司有权终止协议。

四、经营者设立合营企业

两个或者两个以上的经营者设立合营企业的行为可能会构成经营者集中控制制度中的"经营者集中"。

(一) 设立合营企业的行为性质

2009年6月,一位欧盟的企业法务来电咨询:"德国某大型企业打算与中国某一个国有企业共同设立一个从事绿色能源的中外合营企业。依据中国《国务院关于经营者集中申报标准的规定》,双方在不同地域范围上的营业额均远远超过规定的最低标准。在这种情况下,双方设立中外合营企业是否需要向中国商务部申报进行反垄断审查?"

对于这个咨询,首先必须要解决的一个前提问题就是不同经营者共同设立合营企业的行为是否属于《中华人民共和国反垄断法》上的"经营者集中"范畴。对于这个问题,在2009年1月商务部反垄断局关于公开征求对《经营者集中申报暂行办法(征求意见稿)》意见的通知中,征求意见稿的第3条曾经尝试对此作出规定:两个或两个以上经营者共同设立一个新的企业,构成《反垄断法》第20条所称的经营者集中。但是后来中华人民共和国商务部2009年第11号令公布的《经营者集中申报办法》删除了这一条款。从目前我国的相关规定来看,没有法律法规或者相关的指南对此作出直接的说明。

从我国有关经营者集中的反垄断法立法精神来看,设立合营企业的行为在原则上是应当属于"经营者集中"这个范畴的,理由如下:第一,设立合营企业在通常情况下会导致经济力量趋于集中。无论参与设立合营企业的企业在数量上是两家还是两家以上,它们之中通常存在一个或者一个以上的企业对设立后的合营企业具有相对或者绝对的控制权。在这种情况下,该具有相对或者绝对控制权的企业在客观上就形成了以自身的有限投资来运作合营企业的整个资本,从而在不同程度上使得市场上的经济力量趋于集中。设立的合营企业规模越大,这种经济力量趋于集中的效果越明显。

而《中华人民共和国反垄断法》所关注的“经营者集中”在本质上就是引发市场经济力量趋于集中的各种行为。① 第二，设立合营企业在有些情况下可能会导致相互独立的企业进行协同经营。在正常情况下，一般是不同的母公司（合营企业的投资者）对合营企业的运行进行控制，这些不同的母公司在相互关系上通常会保持着先前的独立性。但是在有些情况下，可能会出现不同的母公司通过合营企业来协调它们之间的经营，客观上使得这些母公司以合营企业为纽带组成一个利害关系比较紧密的经济力量实体，在不同程度上形成“合并”的实际效果。第三，设立合营企业可能会导致相互独立的企业进行限制竞争，这在原本之间就具有竞争关系的不同经营者设立合营企业的情况下可能尤为明显。

但是值得指出的是，虽然设立合营企业的行为在原则上应当属于“经营者集中”这个基本范畴，但是在实践中也存在一些例外情况。例如，如果设立后的合营企业只是履行母公司的一项职能，如销售、采购、加工等，由于该合营企业不是独立的市场竞争力量，设立此类的合营企业行为就不具有任何国家或者地区的反垄断法上“经营者集中”的意义。

对于设立何种类型的合营企业行为将属于反垄断法上“经营者集中”的范畴，欧盟对此作了探索，并形成了一个规范性的指导文件，我们目前在此不妨参考与借鉴一下。

（二）欧盟的经验

根据《关于企业集中控制的（EC）第 139/2004 号理事会条例》，欧盟专门发布了《关于完全功能型合营企业概念的通知》。在该文件中，欧盟指出：根据欧共体竞争规则，合营企业是由两个或者两个以上的企业共同控制的企业。在实践中，合营企业包含的业务范围很广，从类似合并的业务到为了特定目的的业务，例如研发、生产和销售。如果合营企业满足《关于企业集中控制的（EC）第 139/2004 号理事会条例》第 3 条中规定的集中的要求，那么它就属于《关于企业集中控制的（EC）第 139/2004 号理事会条例》的管辖范围。《关于企业集中控制的（EC）第 139/2004 号理事会条例》在第 3 条第 2 款对“完全功能合营企业”的概念规定如下：“建立一个在持续性基础上履行一个独立自主经济实体的所有功能的合营企业构成第 1 条 b 项中的合并。”

① 可以从另外一个角度来理解设立合营企业的性质，即不同企业出资设立合营企业的行为可以视为该企业从其他企业手中获取设立后的合营企业的股权。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.com