

DACHENG
LAW
OFFICES

大成律师事务所

公司业务部

法律通讯

第 10 期

2011 年 7 月



一、新法播报

二、法义精研

三、法治热点

四、开心时刻

新法播报

国资委出台《中央企业境外国有产权管理暂行办法》

国有资产监督管理委员会公布了《中央企业境外国有产权管理暂行办法》(《办法》)，自 2011 年 7 月 1 日起施行。

根据《办法》，境外国有产权应当由中央企业或其各级子企业持有。境外企业注册地相关法律规定须以个人名义持有的，应当统一由中央企业依据有关规定决定或者批准，依法办理委托出资等保全国有产权的法律手续，并以书面形式报告国资委。

《办法》要求中央企业应当加强对离岸公司等特殊目的公司的管理。因重组、上市、转让或者经营管理需要设立特殊目的公司的，应当由中央企业决定或者批准并以书面形式报告国资委。

（来源：国有资产监督管理委员会）

国税总局明确企业转让上市公司限售股所得税问题

2011 年 7 月 7 日，国家税务总局下发《关于企业转让上市公司限售股有关所得税问题的公告》，《公告》自 2011 年 7 月 1 日起执行 。

《公告》规定， 因股权分置改革造成原由个人出资而由企业代持有的限售股，企业在转让时按以下规定处理：（一）企业转让上述限售股取得的收入，应作为企业应税收入计算纳税。（二）依法院判决、裁定等原因，通过证券登记结算公司，企业将其代持的个人限售股直接变更到实际所有人名下的，不视同转让限售股。

《公告》还明确了企业在限售股解禁前将其持有的限售股转让给其他企业或个人的企业所得税的缴纳问题。

（来源：国家税务总局）

银监会发布商业银行杠杆率管理办法

中国银监会日前发布《商业银行杠杆率管理办法》，要求系统重要性银行应当于 2013 年底前达到最低杠杆率所要求的 4%，非系统重要性银行则应当于 2016 年底前达到这一要求。《办法》是中国商业银行实施巴塞尔新资本协议的配套文件之一。

《办法》规定，杠杆率是指商业银行持有的、符合有关规定的一级资本与商业银行调整后的表内外资产余额的比率。银监会要求，商业银行杠杆率信息披露应当至少包括杠杆率水平、一级资本、一级资本扣减项、调整后的表内资产余额、调整后的表外项目余额和调整后的表内外资产余额等内容。商业银行应当在每个会计年度结束后 4 个月内披露杠杆率信息。

（来源：中国银监会）

法义精研

债权与股权出资的相关规定和法律分析

一、 债权出资的定义、分类及法律依据

债权出资，指投资人以其对享有的债权向公司出资，获得股东资格。包括两种情形：投资人以其享有的第三方债权对公司出资；投资人以其对公司的债权向公司出资，抵缴股款，也就是通常说的“债转股”。

第一种情形下的债权出资，目前比较典型的主要是针对处理银行不良资产而实施的，即将银行的不良债权转变为金融资产管理公司对借款企业的投资和股权，以及有限责任公司整体改制为股份有限公司以净资产(可能包含债权)折合为相应股份的相关规定外，尚未有明确的规定在其他情形下允许投资人以其享有第三方的债权对被投资公司进行出资。

第二种情形下的“债转股”，是指投资人将其对被投资公司的合法债权转化为对被投资公司的投资，形成被投资公司的股权的行为。它包括债权的消灭和股权的产生两个法律关系。

关于公司出资形式的相关规定

规定名称	具体条款	评价
《公司法》	**第二十七条** 股东可以用货币出资，也**可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。** 对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。 全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的百分之三十。	● 我国《公司法》和《公司登记管理条例》中对公司出资的规定中并没有明确列明债权可以作为出资的一种形式，但也没有作出禁止性规定。 ● 但在工商管理机构办理工商变更登记的实践中，如果没有债权出

《公司登记管理条例》	**第十四条** **股东的出资方式应当符合《公司法》第二十七条的规定。股东以货币、实物、知识产权、土地使用权以外的其他财产出资的，其登记办法由国家工商行政管理总局会同国务院有关部门规定。** 股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。	资的明确规定，工商登记办理存在一定的难度。
《最高人民法院关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》	**第十四条** **债权人与债务人自愿达成债权转股权协议，且不违反法律和行政法规强制性规定的，人民法院在审理相关的民事纠纷案件中，应当确认债权转股权协议有效。** 政策性债权转股权，按照国务院有关部门的规定处理。	尽管该规定是针对有关企业改制中出现的民事纠纷案件而言的，但其关于企业债权转股权行为效力的确认原则及精神对于其他类似案件应当也能参照适用。

二、 各地对债权转股权的相关规定

目前北京(《北京市工商行政管理局公司债权转股权登记管理试行办法》)、上海(《上海市外商投资企业债权转股权审批登记试行办法》)、天津（《天津市公司债权转股权登记管理试行办法》)、重庆（《重庆市公司债权转股权登记管理试行办法》)、浙江（《浙江省公司债权转股权登记管理暂行办法》）等分别对公司债权转股权作出了相应的规定，现对各地的规定从以下几个方面进行梳理供参考：

债转股各项要素	规定内容	备注
适用阶段	● 不适用于公司设立	
债权人	● 债权人应当符合法律、行政法规对被投资公司股东的相关规定。	天津市、重庆市进一步对此作出了限制性规定；如：天津规定债权人应为具有中国国籍的自然人或者在中国大陆依法设立、具备公司股东资格的法人和其他组织；

		上海市限制为外方股东。
被投资企业（债务人）	● 内资公司、外商投资企业	上海市限定为外商投资企业； 天津市限定为内资有限责任公司； 浙江省限定为内资公司； 重庆市限定为内资有限责任公司和股份有限公司。
	● 对公司住所地有所限制	● 例如：北京限定为住所在**中关村国家自主创新示范区内的有限责任公司和股份有限公司**。 ● 其他地区均将被投资公司限制为住所属于本地区行政区域内登记管辖
债权	债权应当基于双务合同产生（并以货币给付和/或实物给付为内容） ● 债权合法有效； ● 债权权属清晰、权能完整； ● 债权依法可以评估和转让； ● 用于出资的债权涉及两个以上债权人的，应当经该债权的全体债权人一致同意； ● 债权人如果同时是被投资公司债务人的，该债权人实施债权转股权的金额不得超过其所享有的债权抵销所承担债务后的余额。	● 天津和重庆限定为货币给付为内容的债权； ● 浙江省对债权涉及两个以上债权人的情形未明确作出规定； ● 上海、浙江未对债权抵销作出规定。
出资比例限制	● 以债权转股权作价出资金额和其他非货币财产作价出资金额之和不得高于被投资公司注册资本的百分之七十。	

三、 债权转股权办理参考流程

步骤	履行程序	具体内容或要求	备注
1	被投资企业对债转股的批准	债权转股权以及债权出资金额的批准： ● 有限责任公司的，应当经代表三分之二以上或（全体）表决权的股东通过； ● 股份有限公司的，应当经出席公司股东大会的股东所持表决权的三分之二以上通过； ● 外商投资企业的，应当经公司最高权力机构表决通过； ● 为国有企业或者其他国有性质单位的，应当按照国有资产管理的有关规定履行审批手续。	● 天津、浙江和重庆对被投资公司为有限责任公司的，均要求全体股东一致同意；
2	《债权转股权协议》的签署	● 债权人和被投资公司的名称、住所； ● 债权的形成依据、时间； ● 债权总金额及各债权人所享有的份额； ● 拟转为出资的债权数额、评估作价方式； ● 协议生效时间； ● 争议解决及违约责任。	
3	外商投资企业的审批	● 被投资企业为外商投资企业的，债权转股权应获得商务主管部门的审批。	
4	审计和评估	● 转为出资的债权应当经具备资格的会计师事务所和资产评估机构进行审计和资产评估。	
5	验资	● 公司以债权转股权形式增加注册资本的，应当经依法设立的验资机构验资，并出具验资证明。	
6	变更登记	● 债权出资增加的注册资本不得分期缴纳； ● 被投资公司应当一并申请办理注册资本、实收资本变更登记。	

四、 股权出资的相关规定

1、 股权出资的定义

股权出资是指投资人以其持有的在中国境内设立的有限责任公司或者股份有限公司（以下统称“股权公司”）的股权作为出资，投资于境内其他有限责任公司或者股份有限公司（以下统称“被投资公司”），实际上是股东将其持有的股权公司的股权转让给新设立的或者已存续的被投资公司所有。

2、 股权出资的相关规定

关于股权出资国家工商行政管理总局于 2009 年发布了《股权出资登记管理办法》，北京、上海、福建、湖北、江苏等地也出台了地方性的登记办法。

股权出资各项要素	规定内容
适用阶段	● 适用于公司设立和公司增资。
出资人	● 应当符合法律、行政法规对被投资公司股东的相关规定。
被投资公司	● 有限责任公司和股权有限公司。
出资股权	● 有限责任公司和股份有限公司股权均可出资； ● 出资股权权属清楚、权能完整、**依法可以转让**； ● 具有下列情形的股权不得用作出资： ➢ 股权公司的注册资本尚未缴足； ➢ 已被设立质权； ➢ 已被依法冻结； ➢ 股权公司章程约定不得转让； ➢ 法律、行政法规或者国务院决定规定，股权公司股东转让股权应当报经批准而未经批准； ➢ 法律、行政法规或者国务院决定规定不得转让的其他情形。 ● 以股权作价出资金额和其他非货币财产作价出资金额之和不得高于被投资公司注册资本的百分之七十。
出资比例限制	● 以股权出资金额和其他非货币财产作价出资金额之和不得高于被投资公司注册资本的百分之七十。

3、 股权出资的工作流程参考

步骤	履行程序	具体内容或要求	备注
1	**股权公司审批**	● 应当依据股权公司章程和规定的要求，获得股权公司股东会通过。	● 例如：《福建省公司股权出资登记办法（试行）》中增加了要求： ➢ 以股权出资的，应当经股权公司的其他股东过半数同意，但该公司章程另有规定的从其规定；
2	**被投资公司审批**	● 应当依据被投资公司住所所在地规定和章程的规定，获得股东会通过。	● 例如：《福建省公司股权出资登记办法（试行）》中增加了要求： ➢ 以股权出资的，应当经被投资公司全体股东一致同意。
3	**出资股权评估**	● 经依法设立的评估机构评估。	
4	**出资股权变更登记**	● 将出资股权持有股东由投资人变更为被投资公司 ➢ 有限公司出资股权办理变更登记 ➢ 股份有限公司出资股权办理转让和过户登记手续	● 变更登记的时限要求： ➢ 公司设立时，投资人以股权出资的，自被投资公司成立之日起一年内，投资人应当实际缴纳，被投资公司应当办理实收资本变更登记。 ➢ 公司增加注册资本时，投资人以股权出资的，应当在被投资公司申请办理增加注册资本变更登记前实际缴纳。
5	**验资**	● 股权出资实际缴纳后，应当经依法设立的验资机构验资并出具验资证明。	
6	**工商变更登记**	被投资公司按照规定办理工商变更登记手续	● 除按照《公司登记管理条例》和国家工商行政管理总局有关企业登记提交材料的规定执行外，还应当提交以下材料： ➢ 以股权出资的投资人签署的股权认缴出资承诺书； ➢ 股权公司营业执照复印件（需加盖股权公司印章）。

4、 有限责任公司股权转让与股权出资关系的简要分析

由于股权出资必须满足股权可以转让的条件，因此股东以其拥有的有限责任公司的股权出资时必须履行股权转让手续。但股权出资与一般的股权转让并不相同，它面临着一般股权转让所不具有的特殊问题。因此可以说有限责任公司股权出资是股权转让的特殊形式。

股权转让与股权出资的联系和区别：

⑴ 二者之间的联系

股权出资的结果是股东将其持有的股权公司的股权“缴纳”到被投资公司，使其成为被投资公司法人财产的一部分，具体表现为被投资公司拥有股权公司的股权，而股权公司的股东发生了变化，这说明**股权出资在股权归属问题上与股权转让有着相同的法律效果。**

从法律规定来看，股权出资必须履行股权转让的手续。根据《公司法》第 28 条规定，“股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额”，股东“以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续”。由于有限责任公司股权出资属于现物出资，因此必须办理股权的转移手续，《股权出资登记管理办法》也规定了股权出资必须办理出资股权转让登记的内容，因此上述规定无疑是股权出资必须履行股权转让手续的法律依据。显然，**如果没有股权转让，则股权出资根本无从实现**。

⑵ 二者之间的区别

股权出资并不等于一般的股权转让。

(a) 首先，尽管股权出资在股权归属问题上与股权转让有着相同的法律效果，但在股权转让中，受让方既可以是公司也可以是自然人，而在因股权出资带来的股权转让的情况下，受让方仅为公司。

(b) 其次，二者在资产变化形态上不同，因为股东将其持有的一个公司的股权转让给另一公司，受让股权的公司要向转让方支付价款，在接受股权的同时，需要减少货币资产；而在股权出资中，接受出资的被投资公司不需要向用股权出资的股东支付价款，不存在减少公司资产的问题。

(c) 第三，股权出资在满足股权转让相关规定的基础上，还需满足《公司法》和《股权出资登记管理办法》关于股权出资的一系列规定，例如评估作价、验资等。

法治热点



引子



全球最大的食品制造商雀巢公司 7 月 11 日表示，正在和中国市值最大的糖果制造商——徐福记国际集团就收购一事进行初期谈判。根据拟定的协议，雀巢有意收购新加坡上市公司徐福记国际有限公司（ Hsu Fu Chi International Limited）60%的股份，而徐氏家族将持有剩余的 40%。全球最大的食品公司洽购中国最大的糖果公司，这表明西方消费品公司在华并购的兴趣正在重燃。

对于此次并购，有业内人士分析称，目前雀巢在新兴市场的份额已落后于联合利华等对手，收购新兴市场优秀品牌对雀巢来说无疑是一条捷径。“雀巢+徐福记”不但有威胁性，而且对糖果业具有颠覆性，销售额上雀巢将能“坐二望一”，并且能通过徐福记全国性渠道网络深入至糖果增长率最快的二三线市场腹地，从战略上看雀巢确有并购的冲动。

不过由于两者体量巨大，根据我国反垄断法，雀巢要并购徐福记已达到经营者集中申报标准，须经过商务部的审查。至于审查能否通过，雀巢能否顺利“吞下”徐福记，目前依然是个未知数。

背景介绍

雀巢集团

雀巢集团，由亨利·内斯特莱(Henri Nestle)于 1867 年创建，总部设在瑞士日内瓦湖畔的沃韦(Vevey)，是世界最大的食品制造商。拥有 144 年历史的雀巢公司起源于瑞士，最初是以生



产婴儿食品起家。2005 年，雀巢集团在全球拥有 500 多家工厂，25 万名员工，年销售额高达 910 亿瑞士法郎。

雀巢的规模之大已到了无法确切统计其产品种类和数量的程度。著名的雀巢产品包括 Crunch 巧克力及 NesQuick 调味品。事实上，雀巢集团的产品可划分为十大类别：儿童食品和麦片粥、奶制品、早餐麦片粥、甜点、零食、冰淇淋、巧克力、糕饼、熟食、饮料、宠物食品及药品。雀巢的 Perrier 矿泉水和 Nescafe 咖啡在同类产品中销量位居榜首。

尽管原材料价格上升，但雀巢集团 2010 年的营业额仍增加 2%，高达 1097 亿瑞郎。纯利润为 342 亿瑞郎。（ 1 瑞郎=8.0392 人民币元）

2011 年 7 月 11 日，雀巢集团宣布，计划出资 21 亿新加坡元（约 17 亿美元）收购糖果制造商徐福记的 60%股权。

雀巢并购国产品牌一览

- **1998 年　雀巢收购了太太乐 80%的股权**

  雀巢与太太乐公司于 1999 年 8 月在瑞士签署了合作协议，雀巢收购了太太乐 80%的股权。

- **1999 年　雀巢收购了广州冰淇淋品牌五羊占股 97%**

  “五羊”品牌是广东地区最大的冰淇淋品牌，是原广州冷冻食品公司旗下的老字号。现由雀巢公司独家管理。

- **2001 年　雀巢收购四川豪吉**

  对豪吉来说，以现有生产设备、资源、人力投入只占新公司 40%的股份，对于豪吉这样资金匮乏的企业来说，需要有大量投资促其发展，另外雀巢有 70 多个国家、8000 余种产品的销售网络，这对于想拓展国际市场的企业来说无疑是一个重要支点。

- **2010 年　雀巢 7000 万收购云南山泉占股 70%**

  作为全球排名第一的食品饮料生产商，水、咖啡和乳制品是雀巢的主项，雀巢水业集团是全球最大的瓶装水公司。 和其在国际上的地位相比，雀巢在华水业务不大。虽然云南山泉目前只在云南占据优势，雀巢在华饮用水也只能算是边缘产业，但收购后云南山泉将迎来资金、渠道等多方面的支持，同时也不排除雀巢做大饮用水业

务的企图。

- **2011 年 4 月　雀巢计划收购银鹭食品公司 60%股权**

此协议签订之前，双方已经建立了成功的合作伙伴关系，银鹭是雀巢 Nescafe 咖啡的合作生产商，代工生产‘雀巢咖啡’即饮咖啡。雀巢看上银鹭品牌声誉，银鹭几乎没有负面新闻，品牌声誉极佳，商品品质也获得消费者认可。雀巢收购仅限于银鹭食品业务， 在华东、华南有较强的品牌影响力，这也是一直致力‘本土化’的雀巢急需的。

徐福记国际集团

徐福记创始于 1978 年，创办者徐氏兄弟，曾分别在台湾经营徐记食品，徐福记食品、安可食品、巧比食品等知名品牌，被誉为”二十年金字招牌。

20 世纪 90 年代初，正式在中国广东省东莞市投资创立“东莞徐福记食品有限公司”凭借 16 年成功的市场销售经验，开拓新局，快速获得成长扩展。1997 年徐福记与新加坡汇亚集团（TRANSPAC）及仲华海外投资基金共同合资，成立 BVI 徐福记控股有限公司，并注册成立东莞徐记食品有限公司，专事经营徐福记品牌在中国糖点领域的永续发展。2000 年，徐福记正式涉足现代渠道的经营管理。为集团在中国零售市场的大步拓展，扎下厚实的根基。2006 年徐福记在中国拥有 56 家销售分公司，超过 13000 个直接管控的终端零售点,成为中国最大的糖果品牌和糖点企业之一。

2006 年 12 月 1 日，徐福记国际有限公司在新加坡主板正式挂牌交易，股票代码：AS5，每股发行价 0.85 新元。

徐福记 2010 年的净利润为 6.022 亿元人民币(合 9300 万美元)，这一数字较 2009 年增长了 31%。另外，徐福记 2010 年的营业收入为 43.1 亿元人民币，较 2009 年增长了 14%。在过去一年中，徐福记的股价上涨了 70%。

徐福记集团架构



来源：徐福记国际集团官方网站（ 2011 年 7 月 26 日）

上市公司旗下子公司

Investment in subsidiaries (cont'd)

The Company had the following subsidiaries as at 30 June:

Name of company	Country of incorporation	Country of operation	Principal activities	Effective equity interest held by the Group	
				30.06.10	30.06.09
				%	%
Hsu Fu Chi Holdings Ltd.(1)	British Virgin Islands	PRC	Investment holding	100	100
Hsu Fu Chi International Holdings Limited(2)	Hong Kong	Hong Kong	Investment holding	100	100

来源：徐福记国际有限公司 2010 年年报

事件始末

雀巢与徐福记签署合作协议



- **2011 年 7 月 11 日，雀巢宣布和徐福记的创始家族签署了合作协议**
  - 雀巢有意以总价格约为 21 亿新元（17 亿美元）收购徐福

记国际有限公司（上市公司）60％的股份，而徐氏家族将持有剩余的 40％。

- 雀巢公司提出通过计划安排方案收购徐福记独立股东所持有该公司 43.52％的股权，雀巢提出的现金价格为每徐福记股 4.35 新元，相当于过去 180 天按成交量加权平均股价溢价 24.7％。
- 如果这一方案被独立股东批准，雀巢公司随后将再从徐氏家族目前持有的 56.5％的股权中购得 16.48％的股份。
- 目前，雀巢公司已经获得来自两个最大的独立股东的不可撤销的、投票赞成此方案的承诺。
- 徐福记现任首席执行官兼董事长徐乘先生将继续引领新的合资公司。

徐福记公告信息：计划方案

1. INTRODUCTION

1.1 The respective Boards of Directors of Nestlé S.A. (“Nestlé”) and Hsu Fu Chi International Limited (the “Company”) are pleased to announce the proposed establishment of a joint venture between Nestlé and the current majority shareholders of the Company, Mr. Hsu Chen, Mr. Hsu Keng, Mr. Hsu Hang and Mr. Hsu Pu (the“Individual Shareholders”).

1.2 Nestlé is proposing to acquire an aggregate interest of 60% in the Company by purchasing (i) a 43.52% interest by way of a scheme of arrangement (the “Scheme”) under Section 86 of the Cayman Companies Law (2010 Revision) (the “Cayman Companies Law”) and in accordance with The Singapore Code on Take-overs and Mergers (the “Code”) and (ii) a 16.48% interest from the Individual Shareholders. As a result of the transactions contemplated above (the “Proposed Transaction”), Nestlé will own 60% of the issued shares of the Company with the remaining 40% owned indirectly by the Individual Shareholders.

徐福记公告信息：风险披露

APPENDIX 1

SCHEME CONDITIONS

5. Anti-trust Approvals

Approval or clearance of the Acquisition having been granted by the competent Competition

Authorities, including MOFCOM pursuant to the merger control laws of PRC, and such approvals or clearances not having been withdrawn or revoked (if applicable) on or before the Effective Date.

附件 1

计划条件

5、反垄断审查

根据中国有关并购的法律规定，收购中有关部门包括商务部会进行反垄断审查，并且该审查在生效日前是不可撤回的（如果适用）。

雀巢将收购事项上报商务部

- **2011 年 7 月 15 日，商务部确认已收到雀巢收购徐福记的申报材料**

➢ 2011 年 7 月 15 日，商务部新闻发言人姚坚在例行新闻发布会上透露，商务部已经收到了雀巢收购徐福记材料的申报，并已交到商务部的反垄断局。反垄断局正在按照有关规定，对于申报材料的完整性进行审核。在审核之后，会有下一步的程序，包括立案程序等。

- **各方对于雀巢能否收购成功的猜测**

➢ 有分析人士认为，由于双方在中国糖果业的市场占有率很高，若收购成功，将对中国糖果行业格局造成巨大的影响。

➢ 也有人认为糖果行业敏感性、对产业安全影响都不大，获得通过可能性大，悲观点就是附加条件通过。

各方观点

- **“被否派”**

➢ 有分析人士认为，当前国内食品、餐饮、饮料、糖果行业发展迅速，确实需要大量资金和先进技术的支持，但通过收购来满足这一市场需要也存有相当大的风险。

➢ 一是要警惕外资通过恶意收购来进行竞争，使民族品牌流失；二是著名品牌被国外收购，我国还需持审慎态度，警惕其形成新的市场垄断。

➢ 当年可口可乐收购汇源已被商务部否决，现在百胜收购小肥羊仍处于“待批”中，

只有帝亚吉欧收购水井坊(600779)、雀巢收购云南山泉最终获得成功，因其收购对象体量较小，在相关行业占有的市场份额也都较低。而雀巢十多亿美元收购徐福记，其通过国家审批的前景并不明朗。

- **“通过派”**

➢ 北京精锐纵横营销顾问有限公司总经理王海鹰表示，由于糖果行业总量大，消费者忠诚度不高，交易获批的可能性比较大。商务部跨国公司研究中心副主任何曼青也持有同样观点。何曼青告诉记者，“可预期性比较强，我觉得没有违反国家政策可以通过的”，“因为糖果行业可替代性比较强，并不是一个很朝阳产业”。她解释道，雀巢收购徐福记与可口可乐收购汇源时期不同，“现在对外资并购知名品牌的心理相对成熟了。原先国内反对外资并购行业龙头，是怕危及产业安全。现在相关政策法规越来越完善，去年国家出台鼓励外资并购的 21 条，对外资并购管理越来越规范。

经营者集中反垄断申报及审查程序

关于经营者集中反垄断的申报

■ 申报标准问题

- 经营者集中反垄断申报是经营者集中反垄断规制制度的一个重要环节。作为预防性的反垄断措施，经营者集中申报制度并非要求所有的集中都必须申报。
- 一方面经营者集中是实现规模经济、提高资源配置效率的重要途径，所以各国对经营者集中的基本态度是允许的，只有那些对市场竞争产生排除或者限制作用的经营者集中才是反垄断法所禁止的对象。
- 另一方面，各国的反垄断法实践表明大多数企业并购并不会产生排除或者限制竞争的效果。确立适当的经营者申报标准可以把大多数经营者集中排除在反垄断审查之外。这样既方便了企业进行并购，又大大减少了执法成本。
- 国务院于 2008 年 8 月 1 日颁布了《国务院关于经营者集中申报标准的规定》，自公布之日起施行。《申报标准规定》第三条第一款规定“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。”

■ 关于营业额的含义和计算方法

- 营业额是判断一起经营者集中是否需要申报的基本依据，对于集中申报具有十分重要的意义。商务部发布的《经营者集中申报办法》借鉴国外反垄断法的相关规定，在第 4 条规定了营业额的范围，同时对“在中国境内的营业额”作了规定。即营业额包括相关经营者上一会计年度内销售产品和提供服务所获得的收入，同时扣除相关税金及其附加；“在中国境内”是指经营者提供产品或服务的买方所在地在中国境内。
- 《申报办法》第 5 条规定了参与集中的单个经营者营业额的计算范围，明确规定具有控制关系的经营者之间发生的营业额不计算在内。此外，在参与集中的单个经营者之间或者参与集中的单个经营者与未参与集中的经营者之间有共同控制的其他经营者的情况下，参与集中的单个经营者的营业额还应当包括被共同控制的经营者与第三方经营者之间的营业额，且此营业额只计算一次。

■ 申报豁免

- 由于有些企业之间本来属于母公司与子公司的关系，子公司的生产经营实际上受母公司的支配，或者说母公司本来就对子公司拥有控股权或者支配权。由于子公司的生产经营实际受母公司的支配，服从母公司的整体利益，在市场竞争中采取一致行动，所以在反垄断法上把母公司和子公司以及受同一母公司支配的所有子公司视为一个整体。它们之间的合并或者其他形式的集中都不会改变市场结构，也不会对市场竞争产生排除、限制作用。因此各国反垄断法一般都规定，母公司和子公司之间的经营者集中以及受同一母公司支配的子公司之间的经营者集中无需作反垄断申报。
- 虽然在很多情况下特别是对于股权分散的公司而言，无需拥有百分之五十以上股权就可以获得对该公司的支配，但是由于不同的公司具体情况不同，掌握支配权的股

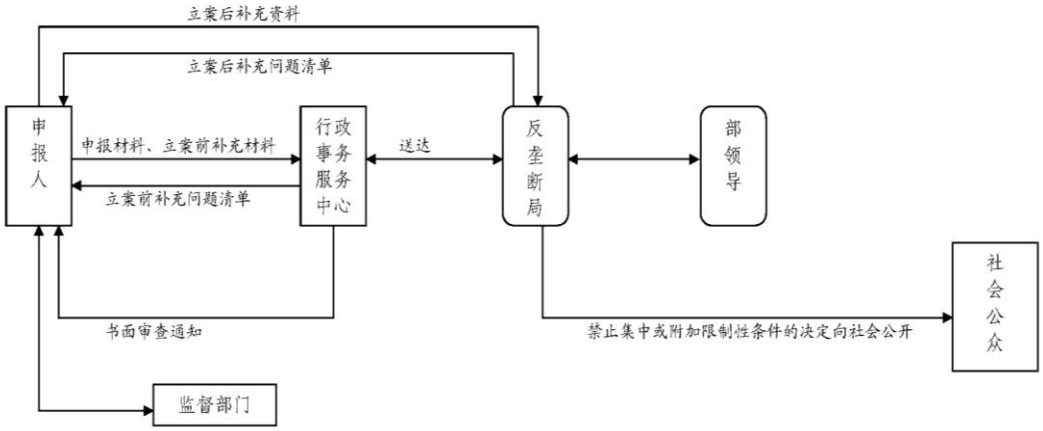
权比例要求不同。所以我国法律只是规定了拥有“百分之五十以上有表决权的股权或者资产”的情形。我国《反垄断法》第二十二条 经营者集中有下列情形之一的，可以不向国务院反垄断执法机构申报：（一）参与集中的一个经营者拥有其他每个经营者百分之五十以上有表决权的股份或者资产的；（二）参与集中的每个经营者百分之五十以上有表决权的股份或者资产被同一个未参与集中的经营者拥有的。

关于经营者集中反垄断的审查程序

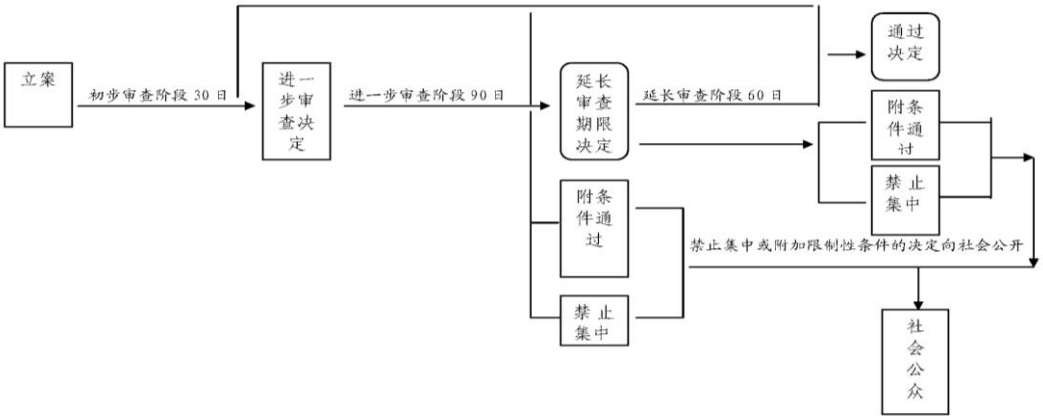
■ 审查程序

商务部经营者集中反垄断审查流程图

一、工作流程



二、审查决定与期限



■ 审查内容

- **《反垄断法》第二十七条规定：审查经营者集中，应当考虑下列因素：**
  - （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）国务院反垄断执法机构认为应当考虑的影响市场竞争的其他因素。

相关案例介绍

美国可口可乐公司收购中国汇源果汁集团有限公司

■ 事件始末

- 2008 年 9 月 3 日，汇源果汁上市公司与可口可乐在香港联交所联合发布公告，宣布可口可乐全资子公司提出以约 179 亿港元收购汇源果汁全部已发行股本的收购建议。若交易完成，汇源果汁将撤销在香港联交所的上市地位。此消息一出，立即引起民众及各路专家的反对，社会舆论以保护民族品牌及国家经济安全为由对收购事宜给予了极大压力。
- 2008 年 12 月 2 日，汇源果汁上市公司与可口可乐在香港联交所联合发布公告，称已向商务部递交反垄断审查申请材料。
- 2008 年 12 月 5 日，中国商务部首次公开表态称已经对可口可乐收购汇源的申请进行立案受理。
- 2009 年 3 月 18 日，商务部网站发布新闻正式表示，可口可乐并购汇源未通过反垄断调查。

■ 未获批原因

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。



■ 最终结果

自 2008 年 8 月中国反垄断法实施以来，商务部共收到 40 起包括合并、收购在内的经营者集中申报，可口可乐并购汇源案是第一个未获通过的案例。

美国辉瑞公司收购美国惠氏公司

■ 事件始末

- 2009 年 1 月 26 日，美国辉瑞公司宣布，将以 680 亿美元的价格收购竞争对手惠氏公司，以促进其业务的多元化。
- 2009 年 6 月 9 日，商务部收到美国辉瑞公司收购惠氏公司经营者集中申报申请。
- 2009 年 6 月 11 日和 14 日商务部收到补充材料，6 月 15 日予以立案。根据《中华人民共和国反垄断法》和商务部有关经营者集中反垄断审查的相关规定，商务部对该案实施初步审查，初步审查工作截止日为 7 月 15 日。
- 审查过程中，商务部发现此项集中在动物保健品领域存在限制或排除竞争问题，初步审查期满前，决定对该案实施进一步审查，该阶段审查工作截止日为 2009 年 10 月 13 日。
- 2009 年 9 月 29 日，为了减少对该市场竞争产生的不利影响，商务部决定附条件批准此项集中，要求辉瑞公司履行七项义务。

■ 不利因素评估

调查表明，在 J1C （广谱青霉素）和 N6A (抗抑郁和情绪稳定剂)两种人类药品领域以及猪伪狂犬病疫苗和犬用联苗两种动物保健品领域，合并后市场竞争结构没有发生实质性改变。但是，对于猪支原体肺炎疫苗而言，辉瑞和惠氏合并后市场竞争结构发生实质性改变，将产生限制或排除竞争的效果。

1、市场份额明显增加。根据商务部掌握的数据，双方合并后在该市场的份额为 49.4%（其中辉瑞为 38%，惠氏为 11.4%），远高于其他竞争对手，排名第二位的英特威市场份额只有 18.35%，其他竞争者的市场份额均低于 10%。合并后实体将有能力利用其规模效应扩大市场，进而控制产品价格。

2、市场集中度明显提高。根据商务部掌握的数据，本项集中完成后的赫氏指数为 2182，增量为 336。鉴于中国猪支原体肺炎疫苗市场属于高度集中的市场，此项集中将产生限制或排除竞争效果。

3、市场进入将更加困难。药品研发的特点是成本高和周期长。据统计，开发一种新产品大约需要 3 年到 10 年的时间和 250 万到 1000 万美元的投资。市场调查显示，进入猪支原体肺炎疫苗市场的技术壁垒更高。辉瑞收购惠氏后，很可能利用其规模优势进一步在中国扩张市场，打压其他竞争者，限制其他企业在该领域的发展。

■ 集中通过所附条件

（一）剥离在中国境内(指中国大陆地区，不包括香港、澳门及台湾)辉瑞旗下品牌为瑞倍适（Respisure）及瑞倍适-旺（Respisure One）的猪支原体肺炎疫苗业务。

（二）被剥离业务包括确保其存活性和竞争性所需的有形资产和无形资产（包括知识产权）。

（三）辉瑞公司必须在商务部批准此项集中后六个月内通过受托人为被剥离业务找到购买人并与之签订买卖协议。

（四）购买人应独立于集中双方，必须符合预先设定的资格标准，并需经商务部批准。

（五）如果辉瑞公司在商务部批准此项集中后六个月内未能找到购买人，商务部有权指定新的受托人以无底价方式处置被剥离业务。

（六）在六个月剥离期内，辉瑞公司应任命一名过渡期间经理，负责管理拟剥离业务。管理应以拟剥离业务利益最大化为原则，确保业务具有持续的可存活性、适销性和竞争

力，并独立于双方保留的其他业务。

（七）剥离后三年内，根据购买人的请求，辉瑞公司有义务向购买人提供合理的技术支持，协助其采购生产猪支原体肺炎疫苗所需的原材料，并对购买人的相关人员提供技术培训和咨询服务。

诺西并购摩托罗拉

■ 事件始末

- 2010 年 7 月 19 日，诺西斥资 12 亿美元收购摩托罗拉无线业务部门。
- 2011 年年初，由于摩托罗拉掌握中国通信设备商华为的部分核心机密，该收购案将有可能导致华为公司的核心机密泄漏给其竞争对手诺西，华为向美国地区法院提起诉讼，法院作出初步裁决，禁止摩托罗拉解决方案公司向诺西披露华为的机密资料。
- 2011 年 3 月 9 日，商务部就该并购案作出裁决，初步否决了诺西摩托罗拉并购案。该交易被迫推迟。
- 2011 年 4 月 13 日，摩托罗拉与华为就所有未决诉讼达成和解。其中，华为同意撤回对于摩托罗拉和诺西交易的诉讼，同意摩托罗拉向华为支付转让费后，将摩托罗拉与华为之间的商业合同转移给诺西，使诺西能获得及使用华为的保密信息。
- 2011 年 4 月 20 日，中国商务部正式无条件批准了诺西对摩托罗拉解决方案公司网络资产的收购，但双方的交易价格下调到 9.75 亿美金。

■ 通信基础设备市场份额概览

在中国大陆市场领先的企业如下：	全球设备商市场份额排行榜单（2008 年）：
1. 华为技术有限公司	1. 爱立信
2. 诺基亚通信有限公司	2. 诺西
3. 天津三星通信技术有限公司	3. 华为
4. 摩托罗拉(中国)电子有限公司	4. 阿尔卡特朗讯为
5. 深圳富泰宏精密工业有限公司	5. 北电
6. 北京索爱普天移动通信有限公司	6. 摩托罗拉

7. 惠州三星电子有限公司	7. 中兴
8. 中兴通讯股份有限公司	8. NEC
9. 上海贝尔股份有限公司	9. 三星
10. 南京爱立信熊猫通信有限公司	

■ 考量因素

- **对国内市场的竞争是否产生不利影响**

➢ 这一交易有限制竞争之嫌。电信业本身就是一个高度集中的市场，并购的成功首先会导致这个市场减少一个竞争者，尤其是并购双方在 GSM 无线接入网市场都有经营活动，市场的集中度必然会随之增加。并购后，诺西将控制北京移动 GSM 网络 100%的份额，这种市场竞争格局对中国电信运营商的设备维护、网络升级、扩容等方面会产生不利影响，也会增加其他经营者进入市场的难度。

- **是否引起知识产权争议**

➢ 这一交易因涉及华为的知识产权而存在侵害第三方利益的问题。摩托罗拉与华为有着为期 10 年的合作历史，自 2000 年开始，摩托罗拉与华为在无线网络接入及核心网络业务等领域展开密切合作，摩托罗拉以 OEM 方式向华为采购其自主研发的技术和产品，并在国际市场上进行出售。在多年的 OEM 合作中，摩托罗拉获取了华为在生产、技术研发以及市场营销等方面大量的保密信息。这一点，已经在美国法院今年 2 月份的判决中证明属实。

➢ 而作为华为的有力竞争对手，诺西在并购摩托罗拉之后，将会控制摩托罗拉曾与华为合作的业务、资产和人员，由此获取华为在这些相关领域的保密信息、商业秘密和知识产权。这一切，对于华为来说显然是不公平的。

外国反垄断执法体制介绍

美国反垄断执法体制介绍

美国的反垄断执法体系与其立法体例相一致，自成体系，是西方发达市场经济最具典型性和代表性的执法体系，也是目前相比较之下最行之有效的执法体系。美国的反垄断法主要由反托拉斯法、克莱顿法和联邦贸易委员会法三部法律组成，其中反托拉斯法（主要内容为

禁止垄断协议和独占行为，又称谢尔曼法）和克莱顿法（主要内容是限制集中、合并等行为）是纯粹的反垄断法；联邦贸易委员会法涵盖前二者的内容，同时还包括消费者权益保护和禁止不正当竞争行为（或称不公平交易行为）的内容；另外，还包括大量的典型判例遵循。美国反垄断法执法体系在实施主体方面包含四个层面：司法部反托拉斯司、美国联邦贸易委员会、各州政府和民间主体。具体实施途径包括：通过司法部反托拉斯司提起民事诉讼和刑事诉讼；通过联邦贸易委员会直接进行裁决或提起民事诉讼，但不能提起刑事诉讼；通过州总检察长执行州反托拉斯法（部分情况下执行联邦反托拉斯法）；通过民间提起禁止继续违法的民事诉讼，并要求三倍损失赔偿。

意大利反垄断执法体制介绍

意大利反垄断立法采取的是分立立法体例，其反不正当竞争法律规范包含在意大利民法典中，内容包括列举各种不正当竞争行为、不正当竞争行为制裁、损害赔偿和行业协会的诉权等，没有专门的反不正当竞争立法。《竞争和公平交易法》是意大利有关反垄断的专门法典，主要包括：禁止限制自由竞争协议、禁止滥用独占地位、合并和收购的核准禁止；该法又被称为意大利竞争法。与美国反托拉斯执法主体多元化不同，意大利反垄断执法主体为单一机构----意大利竞争局，竞争局是执行《竞争和公平交易法》的专门机构，其执法过程简明、温和。

东欧及俄罗斯转型国家反垄断执法体制介绍

东欧各国与俄罗斯在从计划经济模式向市场经济模式的急速转型过程中，都因应西方市场经济自觉或不自觉的要求，制定了有关反垄断和反不正当竞争的法律，而且考虑到自身的市场经济环境和转型要求，采取了合并立法的方式，其中以匈牙利反垄断和反不正当竞争法律具有最具代表性。匈牙利 1996 年通过的《关于禁止不公平市场行为和限制竞争的法律》，得到其国内和西方国家的普遍肯定和好评。为实施反垄断法和反不正当竞争法，东欧各国都设立有专门的竞争执法机构，作为监管和实施竞争政策的高层次机关，只是名称不尽相同，譬如俄罗斯、乌克兰、白俄罗斯设立有“反垄断委员会”，波兰、斯洛伐克设立有“反垄断局”，匈牙利则称为“经济竞争局”。

附录：参考资料

专题网站链接

专题名称	网站链接
新浪财经：雀巢洽购徐福记	http://finance.sina.com.cn/focus/qcqgxfj/index.shtml
食品商务网：聚焦雀巢并购徐福记事件	http://www.21food.cn/html/zhuanti/quechaoxufuji/
雀巢大中华区网站：新闻中心	http://www.nestle.com.cn/newscenter/corpnews/details601.aspx
徐福记官方网站：集团简介	http://www.hsufuchifoods.com/cn/main.html

上市公司披露信息

公告名称	披露文件
Joint Announcement Proposed Joint Venture to Be Implemented By Way of A Scheme of Arrangement （雀巢-徐福记联合声明）	
Hsu Fu Chi Int'l Limited Prospectus （徐福记招股说明书）	
Hsu Fu Chi International Limited Annual Report 2010 （徐福记 2010 年年报）	

本案涉及法律法规目录

- 中华人民共和国反垄断法
- 国务院关于经营者集中申报标准的规定

- 经营者集中申报办法
- 经营者集中审查办法
- 商务部反垄断局关于《经营者集中申报办法》和《经营者集中审查办法》的解读
- 商务部反垄断局关于经营者集中申报的指导意见

开心时刻



法律小幽默

权 宜 之 计

一个声称自己最有办法的律师，接到了他受理的一名死刑犯人在电刑椅旁打来的电话:“在一个小时之前,你告诉我说无论如何一定有办法的,律师,现在我应该怎么办?”

律师不加思索地答道:“先别坐下去!”

现 金 交 易

“律师先生，我想请您为我辩护。”

“人家为什么控告您?”

“说我伪造支票。”

“我可以为您辩护，但报酬您必须付我真现金。”

第 10 期

DACHENG
LAW
OFFICES

大成律师事务所



公 司 业 务 部
主编　　张　洪
编辑　　何玉华
　　史卉子

北京市东直门南大街 3 号国华投资大厦 5/12/15 层（100007）
5/F，12/F，15/F，Guohua Plaza，3 Dongzhimennan Avenue，
Beijing 100007，China
Tel：010-58137799
Fax：010-58137788