

欧盟企业并购制度在中国国企海外并购案中的实践逻辑——“最坏情形”下“单一经济体”的认定

亚历山大·史维特里契尼^{1,2} 张娟娟^{2,3} 李苡墨² (译)

(1. 西南科技大学拉丁美洲研究中心, 四川 绵阳 621010; 2. 澳门大学法学院, 澳门;
3. 西南科技大学法学院, 四川 绵阳 621010)

摘要: 欧盟作为中国国企海外直接投资的重要阵地, 其企业并购制度一直是学术界和实业界的关注焦点。虽然实践中欧委会对涉及中国国企的并购申报几乎都通过了, 但是在认定“单一经济体”过程中, 除了确认能源行业的所有国企被视为单一经济体之外, 对于其他行业, 欧委会采用回避态度, 以“最坏情形”方式判断, 其结论均对国企不利, 给国企在欧盟投资的前景投下了阴影。另外, 对于特别敏感和具有战略意义的交易, 还可能会遭到欧委会基于公众利益和其他政治因素的投资审查。因此, 国企应充分准备好实质性证据, 证明其在商业决策中有足够的自主权, 来反驳在合并评估中可能遭受的反不正当竞争的质疑, 应对欧委会对中国国企参与并购交易的系统性歧视。

关键词: 欧盟合并控制制度; 国有企业; 单一经济体; 经济集中; 最坏情形

中图分类号: DF961

文献标识码: A

文章编号: 1006-1894 (2021) 01-0063-10

一、引言

2015年3月28日, 中国多个政府部门联合发布了《推动共建丝绸之路经济带和21世纪海上丝绸之路的愿景与行动》, 其中提到“一带一路”沿线各国的合作重点之一是自由贸易。这就意味着需要促进投资和贸易便利化, 并且消除经常性投资和贸易的壁垒。在这一倡议下, 中国拟对中亚、南亚、中东、中欧和东欧地区提供9,000亿美元的基础设施投资。其中, 中国在中东欧的投资纳入“16+1”的合作框架中, 合作对象包括11个欧盟成员国和5个希望加入欧盟的巴尔干国家。

中国加大对外直接投资的另一个重要体现是“中国制造2025”, 旨在实现中国制造业的现代化, 使中国技术在高端产业中逐步取代外国技术, 并提高中国科技公

作者简介: [罗马尼亚]亚历山大·史维特里契尼 (Alexandr Svetlicinii), 西南科技大学拉丁美洲研究中心客座教授, 澳门大学法学院副教授, 研究方向: 国际商法; 张娟娟, 西南科技大学法学院讲师, 澳门大学法学院博士研究生, 研究方向: 国际商法; 李苡墨 (翻译), 澳门大学法学院硕士研究生, 研究方向: 国际商法。

基金项目: 澳门大学多年研究项目“欧盟竞争法对中国国有企业商业行为及投资规制研究” (Application of the EU Competition Law to the Business Practices and Investments of Chinese State-Owned Enterprises in Europe) (项目编号: MYRG2018-00179-FLL)。本文是在下文基础之上翻译和写作的: Svetlicinii Alexandr. The Acquisitions of the Chinese State-Owned Enterprises under the EU Merger Control Regime: Time for Reflection? *Revue Lamy de la Concurrence*, 2017, 67: 30-36。

司在全球的市场份额。^①实现该目标的途径之一就是国家引导和支持，进行海外投资，并购国外高科技公司。欧盟国家是中国投资者最喜欢的投资地之一，2016年中国对欧盟的直接投资比2015年增长了77%，^②而德国、英国的先进制造业一直备受中国并购的青睐，成为中国对欧直接投资的主要资金流向地。这些投资大部分是由中国国企在国资委的监管下进行的，并由国有银行和金融机构提供资金支持。^③

面对来自中国的投资热，欧盟采取了既欢迎又审慎的态度。为了减少对共同体市场的影响和冲击，欧委会根据欧盟《企业并购条例》（下文简称《条例》）对中国国企的并购行为进行评估。根据该条例，任何达到“共同体规模”标准的经营者集中都必须向欧委会进行申报。但欧委会在对中国国企交易申报的审查过程中对合并控制规则和标准的适用出现了一些倾向，比如，常常认定涉案国企和同一行业中其他相关企业构成“单一经济体”（single economic entity），采用“最坏情形”（worst case scenario）方法来确定其营业额，导致中国国企的海外并购屡屡受到审查。

二、欧盟企业并购控制制度中的“单一经济体”原则

一项需要向欧盟申报的交易应当满足两个条件：（1）确定所申报的交易是否构成两个独立的单一经济体的集中；（2）计算单一经济体内相关企业的总营业额，以确定是否达到“共同体规模”（community dimension）。在欧盟的实践中，“单一经济体”的概念与欧盟竞争法中“企业”的概念一度混淆。欧盟竞争法中对“企业”的界定，关注的不是企业的形态（是否构成法人），而是企业是否具备经济决策独立性，即每一个企业必须能够独立决定其在欧洲市场上计划采取的策略，包括人事安排以及交易对象的选择。单一经济体的核心特征是在市场上发挥单一竞争实力的“人、有形和无形资产”的组合（Odudu and Bailey, 2014）。

单一经济体的确定取决于该企业能否行使独立决策权。就国企而言，欧委会《合并管辖通知》^④（下文简称《通知》）明确区分了国家作为公共机构行使的权力和国家对国企行使的控股股东的权力。国家为公共利益行使的监管权，不是欧盟《条例》中所指的“控制”，不在申报之列。如果是非公共利益的国企，欧盟《条例》规定了公共行业 and 私人行业在竞争审查上的非歧视待遇原则：“在计算公共行业相关企业的营业额时，应当将共同构成一个经济体但具备独立决策权的各企业考虑在内，而不

① Wübbcke, Jost, et al. Made in China 2025: The Making of a High-Tech Superpower and Consequences for the Industrial Countries [EB/OL]. 2016, Mercator Institute for China Studies. https://www.merics.org/sites/default/files/2018-07/MPOC_No.2_MadeinChina2025_web.pdf. [2016-12-01] (2019-09-18).

② Hanemann, Thilo, Huotar, Mikko. Record Flows and Growing Imbalances: Chinese Investment in Europe in 2016 [EB/OL]. 2017, Mercator Institute for China Studies, Rhodium Group. https://www.merics.org/sites/default/files/2018-07/MPOC_3_COFDI_2017_web.pdf. [2017-01-15] (2019-09-18).

③ Casaburi, Ivana. Chinese Investment in Europe 2015-16 [EB/OL]. ESADE China Europe Club, <http://itemsweb.esade.edu/wi/documentos/prensa/Chinese%20investment%20in%20Europe.pdf>. (2019-09-18).

④ Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the Control of Concentrations between Undertakings (Commission Consolidated Jurisdictional Notice), 16 April 2008.

管这些企业资金如何持有,也不管应该当用的行政监管规则是如何推定。”也就是说,不管公私企业,在计算营业额时,应该将和其属于同一经济体的具有独立决策权的相关企业的营业额计算在内。根据《通知》,合并行为是否属于内部重组取决于两个企业以前是否属于同一经济体,如果一国有企业不与其他国有企业发生协同,则被视为独立经营。因此,如果一国企与被并购企业有协同行为,代表该国企不具有独立决策权,那么并购行为属于内部重组,不需要向欧委会申报。但是,如果是同一国家(或同一公共机构)所有的两个企业之间的合并或取得控制权,如果上述企业在此之前分属于具有独立决策权的不同经济体,就可能构成集中。在此情形下,即使二者同属于一国所有,他们也会被认定为单一经济体。

在涉及国有企业的案件中,单一经济体的认定对于该案是否受欧盟企业合并控制制度管辖至关重要,也会对随后根据“严重妨碍有效竞争”条款评估集中对竞争产生的影响十分重要。因为如果把相同领域的所有相关国有企业营业额计算在内,很容易达到“共同体规模”的申报要求。而在后续的审查中,由于市场份额的增加,集中可能会给市场竞争带来的不利影响也随之提升,其结果可能导致并购活动被否决。

三、欧盟《企业并购条例》涉及中国国企并购的实践

根据《条例》规定以及欧盟的实践,一般只将国企本身以及与其具备特定关系,比如母子公司、兄弟姐妹公司(有共同的母公司)、代理协议以及雇佣双方的企业营业额累加(高雅洁,2016)。但是,在审查中国国企在欧盟成员国的并购交易时,欧委会大多数时候持“等待和观望”(wait and see)的态度。它并不给出定论,但经常采用“最坏情形”的分析方法,将同一行业中同属于国资委的所有企业全部视为“关联企业”,共同构成“单一经济体”,从而将所有关联企业的营业额计算在内。

(一) 有色金属行业:中国蓝星集团收购挪威 Elkem SA 公司案

蓝星集团有8个股东,其中中国化工集团公司(下文简称“中国化工”)为其最大的控股股东。^①中国化工是国有独资企业,由国资委控制。在本案中,欧委会将中国化工作为调查对象,而非蓝星公司。在判断中国化工是一个单一经济体还是一个与其他中国国企相关联的经济体时,欧委会考虑以下因素:(1)政府影响中国化工商业策略的可能性;(2)政府通过一定方式协同中国化工与其他国企商业行为的可能性;(3)是否存在国企间连锁董事的情况;(4)是否设有保障措施以确保国企之间不共享商业敏感信息。

对于上述情况,中国化工辩称:(1)国资委的角色仅作为代表政府的非管理型受托人,行使基本的所有权职能;(2)国资委不干预中国化工的战略性决策,如批

^① Case No. COMP/M.6082 China National Bluestar/Elkem, Decision of 31 March 2011.

准商业计划或预算；（3）国资委并未要求中国化工提供商业信息。当事方还试图区分中央国资委和地方国资委，并提出以下论点：（1）中央国资委对地方国资委没有运营控制权；（2）地方国资委以自身利益为重；（3）地方政府对地方国资委管理层有任命权；（4）中央和地方国资委追求不同的战略目标，因而中央国资委不会对地方国资委及其管辖的国企进行过多干涉。在评估过程中，欧委会发现仅是中国化工和蓝星公司的营业额加在一起就满足共同体规模，属于应申报项目；但即使是将国资委名下所有相关企业营业额加在一起，其市场份额对相关市场竞争的影响也有限，因此最终通过了该合并案。本案中，欧委会对中国化工是否独立于中央国资委的问题没有给出明确的答复。

（二）制药行业：中化集团与荷兰 Koninklijke DSM N.V. 并购案

2011年，欧委会批准了中国中化集团有限公司（下文简称“中化集团”）与荷兰 Koninklijke DSM N.V. 成立合营企业的申报。^①中化集团是中央国资委下属的国企。当事方主张中化集团为独立经济体，拥有独立于中国政府的决策权。他们援引《企业国有资产法》和《企业国有资产监督管理暂行条例》中有关禁止国资委对国企施加决定性影响以及禁止国资委干预国企战略决策过程的条款作为法律依据。另一方面，欧委会则以经合组织的报告为论据，认为中国政府可能通过正式或非正式的方式影响中国国企的商业决策。但欧委会同时认为，“在没有中国政府的陈述和相关证据的情况下，我们无法断定中化集团是否拥有独立的决策权”。因此，欧委会设想了一种“最坏情形”，将中化集团与同一行业中同属于国资委的所有企业一起视为“单一经济体”。本案中，欧委会错失了一次解决国企治理中法人（董事会）结构和政治（政党）结构之间关系的机会，这种关系是对国企高层管理者的重要控制机制（Lin and Milhaupt, 2013）。

在接下来的一系列涉及中国国企的并购案中，对于类似的情况，欧委会一贯使用“最坏情形”方法来计算营业额，^②直到中广核与法国电力共同收购英国 NNB 案，欧委会才对“单一经济体”“集团”等概念有比较明确的界定，但也仅限于能源领域。

（三）核电能源行业：中广核与法国电力共同收购英国 NNB 案

欧委会在中广核 / 法国电力共同收购英国 NNB 项目（中广核案）审核中，^③就中国国企是否受到政府控制这一问题第一次给出了确定性结论。本案中，当事方提交了关于国资委是否对国有企业商业行为有影响的材料。当事方提出的证明中广核独立于中央国资委的论点有：（1）2008年《中华人民共和国企业国有资产法》第六

^① Case No. COMP/M.6113 DSM/Sinochem/JV, Decision of 19 May 2011.

^② 如农药行业的中国化工集团与以色列 Koor Industries 公司收购以色列 Makhteshim Agan Industries 公司案；石油行业的中石油和瑞士 Ineos AG 公司并购案；橡胶行业的中国化工橡胶有限公司收购意大利 Pirelli & Co SpA 案等。

^③ Case No. COMP/M.7850 EDF/CGN/NNB, Decision of 10 March 2016.

条规定,国务院和地方人民政府应当按照政企分开、社会公共管理职能与国有资产出资人职能分开、不干预企业依法自主经营的原则,依法履行出资人职责;(2)中央国资委不会决定中广核的战略商业行为和中广核管理结构的事实;(3)中广核没有与中央国资委有任何相互关联的董事,并有内部保密政策。

欧委会驳回了第1个论点,指出《国有资产法》第六条非常宽泛地规定了政企分开、不干预企业经营的一般原则。但是,它发现在该法和其他文件中都有一些规定,支持中央国资委对中广核的重大决策有影响,因此,中央国资委影响中广核的主要决策,中广核在诸如战略、商业计划或预算等重大问题上没有自主决定权。而对于第2个论点和第3个论点等涉及评估公司运营独立性时提到的“传统”标准,欧委会明确表示,“即使不存在与其他国企连锁董事的情况,也有保密条款,也不排除中央国资委根据上述不同的权力影响中广核的商业战略决策的可能性。”此外,欧委会还指出,中国政府还利用其他方式影响能源行业尤其是核工业企业之间的协同。例如,2014年,中广核与其他几家国企一起成立了中国核工业联盟,据称其旨在创造协同效应,消除出口市场上的有害竞争。因此,欧委会认为国资委可以实施或促进能源行业国企之间的协同。所以,中广核和其他从事能源行业的中国国企应一起被视为单一经济体,应计算相关企业的总营业额以确定是否达到欧盟《条例》要求的共同体规模。有评论者指出,欧委会这一确定性结论,认定了某一行业或者市场中所有中国国企均受到中央国资委的控制,将使其在未来对同一行业或市场的并购案审查中难以得出其他结论(Fountoukakos and Puech-Baron, 2012)。此外,也有人质疑这一结论。因为这样的话,根据欧盟《条例》,这些国企之间的并购活动将不受该条例管辖,仅构成内部重组,而非独立企业间的集中(Zhang, 2012)。

欧委会在本案中得出的结论是,至少部分中国国企(例如能源行业的国企)构成了国资委控制下的“单一经济体”。这意味着“集团内部”关系(协议和协同行为)不再属于欧盟竞争法管辖的范围。^①这无疑与欧委会在中国化工集团与Koor Industries公司收购Makhteshim Agan Industries案中认为欧盟竞争规则对中国国企从事价格协同行为具有约束力的陈述相矛盾。虽然中国国企受反垄断法约束,但学者们认为至少对中国而言,“想要通过反垄断法驯服中国的利维坦(国有企业)是对未来中国国企改革的一种错误期待”(Zhang, 2016)。因为根据《条例》和《通知》的“所有权中立”条款,欧盟认为国有企业和私人企业都应该是法人治理模式,在市场上公平竞争。但中国政府针对某些国企的选择性反垄断执法“表明政府并不认为通常的法人治理机制是影响国企行为的最有效的手段”(Milhaupt and Zheng, 2015)。这意味着在欧盟的并购监管中,欧盟忽略了中国国企治理的重要特点。

① Emch, Adrian. EU Merger Control Complications for Chinese Soe Transactions [EB/OL]. 2016, Kluwer Competition Law Blog. <http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2016/05/27/eu-merger-control-complications-for-chinese-soe-transactions/>. [2016-05-27] (2019-09-18).

遗憾的是,欧盟只对能源领域国企的“单一经济体”问题进行了回答,在中广核案之后的其他领域案件中,欧委会又回归到观望和回避的老路。^①随着国企在国际市场上的日益活跃和规模的日益膨胀,持续采用“最坏情形”假设的评估方法将导致中国国企在国外的市场占有率不断增加,形成优势地位,给企业带来诸多问题,如承诺、补救,甚至被禁止申报企业集中等。

四、欧盟企业并购制度在中国国企海外并购案中的实践逻辑

欧委会对涉及中国国企的并购交易审查实践表明,它保持一种谨慎、灵活和观望的态度,针对个案具体问题具体分析。明确界定国资委控制下的国企“集团”的范围,无论是从司法管辖还是从实体审查角度来看都是至关重要的,因为它涉及是将该并购的国企还是将其所属集团作为单一经济体来看待的问题,但欧委会一直没有给出明确界定。

在中广核案之前,欧委会对涉及国企并购交易的审查逻辑是:首先判定欧委会是否具有管辖权。这就需要计算两个交易的“单一经济体”的营业额是否达到了审查标准。难点在于需要判断“单一经济体”是只包括该国企还是包括国资委控制下的该行业内其他国企,欧委会对此一直避而不答。即使单独计算该国企的营业额,也已经满足了营业额门槛,因此,欧委会对于管辖权判定采取的是一种“最好情形”的假设,即只计算该国企的营业额。但在具体的实质性审查时,如果仅仅计算该国企的营业额,欧委会担心会低估该交易对欧盟成员国国内市场的影响,又采用了“最坏情况”假设,确保可以将中国在欧洲经济体的投资作为一个整体来进行评估,以审视其市场综合实力。这种方法适用于所有国资委控制下的中国央企,是对中国国企的“系统性歧视”。一直到中广核案之前,欧盟这种做法都没有遇到任何挑战,因为即使假定在“最坏情形”下,将所有国资委控制下的国企在相关市场的营业额计算在内,审查的结果都是该并购不会产生任何竞争问题,同时又保证了欧委会的管辖权。因此,欧委会故意留下许多问题没有回答,以便在今后的案件中保持灵活性。

中广核案是欧委会第一次对中国国企所属“集团”的范围给出结论。欧委会不得不这么做的原因是,如果仅计算中广核的营业额,那么该交易没有达到欧委会的审查标准,欧委会对于该案没有管辖权。“单一经济体”的要求是该国企是否拥有独立决策权,欧委会往往会考虑以下因素:(1)国有企业能否不受国家影响,自主决定其发展战略、经营计划和预算;(2)国家对调控商业行为协同的可能性,比如连锁董事或者信息共享。但在中广核案之前,欧委会从来没有明确肯定这些因素就

^① 例如,机械制造业领域的中国化工装备总公司收购德国KraussMaffei Group案、农业化工领域的中国化工收购Swiss Agro-chemical Company Syngenta案等。

是评判标准,也没有对“集团”问题进行界定,“最好情形”和“最坏情形”的方法让欧委会完全可以回避这些问题。但在中广核案中,“最好情形”这条路似乎走不通了。最终,委员会的结论如下:“鉴于中央国资委可以干预战略投资决策,并且至少可以对活跃于能源行业的国有企业实施或促进国有企业之间的协调,委员会在本案中得出结论,中广核和该行业的其他中国国有企业不应被视为拥有独立于中央国资委的决策权。因此,中央国资委控制的所有能源行业的公司的营业额应该进行累加计算。”^①这一结论明确回答了在进行管辖权评估中中国能源行业国企“集团”的范围。委员会在该决定中一定程度上放弃了“观望”的做法,对管辖权确定中“集团”的范围采取了坚定的立场。该案形成了一个先例,在能源领域,只要中国法律的相关规定不变,国资委对国企控制的结论原则上也不变。而仍然没有解决的问题是:(1)其他行业的国企“集团”是否也遵从中广核的结论?(2)地方国资委控制的国企是否属于“集团”范围之内?(3)欧委会对竞争进行实质性评估中又应怎样界定“集团”?欧委会虽然就中广核一案解决了某些问题,但这并不标志着其“观望”态度的结束。欧委会显然非常青睐这种灵活的方法,因为这种方法允许委员会根据个案的实际情况定制策略。事实上,在中广核案之后的案件,欧委会也确实一如既往地使用了这种方法。

对欧委会来说,采取如中广核案一般坚定的态度可能让其陷入尴尬的境地:如果将两个国企视为一个“集团”的一部分,而不是单一经济体,那么欧委会就不能审查它们之间的合并,因为这在原则上应被视为“内部重组”,虽然至今这种情况还没有出现;另一方面,如果将国企视为独立的单一经济体,但其营业额太低,无法达到欧委会审查的营业额门槛,那么它可能没有管辖权。然而,在这两种情况下,合并都可能在欧盟引发实际的竞争问题。欧委会当然希望可以对两种情况都进行审查。因此,要找到两全其美的方法来对待中国国企是极其困难的。

欧委会这种逐案审查的做法迄今为止是一个明智之举,但它不可能永远这么回避下去,因为对于竞争的实质性审查结果和“集团”的范围息息相关。虽然至今“最坏情形”方案还能走得通,但如果出现走不通的情况呢?比如按照“最坏情形”假设,国企的营业额会对欧盟相关市场造成危害或者威胁;如果只将国企作为单一经济体,则不会产生危害或者威胁。如果这种情况成为现实,欧委会将别无选择,必须对“集团”的范围给出更明确的结论。另外,中国中央政府正在推进中化集团和中国化工合并,如果重组完成,这两家国企均是全球化公司,都达到欧盟合并审查的营业额阈值,这也将迫使欧委会表明立场:如果它们属于同一“集团”,欧委员会将无权审查它们的合并,然而却会对欧盟市场有影响;^②如果不属于同一“集团”,那么就肯定了

① OMP/M.7850第49段。

② ChemChina and Sinochem Is Merger [EB/OL]. 2020, Sina. <https://finance.sina.com.cn/roll/2020-09-02/doc-iivhvpwy4482254.shtml>. [2020-09-02] (2020-11-13).

某一国企单一经济体的地位，未来中国国企与欧洲经济体内的公司合并时，在计算营业额的时候就不能将同属于国资委的其他领域内相关企业的营业额相加计算，就可能达不到审查的标准。

为了尽量缓和未来当“集团”范围明确后给竞争带来的不利影响，欧盟未雨绸缪，起草并通过了《欧盟外国直接投资筛选框架》，允许欧委会基于安全或公共秩序理由对外国投资进行审查。这就意味着即使国企与欧洲公司的并购行为通过了竞争审查，也有可能基于公共利益原因而遭到拒绝。

五、《企业并购条例》之外：欧盟对外国投资的审查

实际上，基于公共利益对外国投资进行审查在欧盟并不是新规定。欧盟《条例》本身不允许欧盟委员会将政治因素作为合并审查的考虑，但《条例》第21（4）条规定，欧盟成员国能够采取适当措施保护合法利益，包括公共安全、媒体多样性、审慎规则以及欧盟成员国提出并经欧委会认为符合欧盟法律的其他利益。这就意味着，只要欧委员同意，成员国也可以以非竞争理由拒绝中国国企与欧盟国内企业合并，只不过迄今为止欧委会在不考虑政治或其他竞业禁止标准的情况下适用《条例》方面有良好的记录（Fountoukakos and Puech-Baron, 2012）。

针对中国国企并购活动给欧委会并购审查管辖权和实体评估所带来的挑战，欧盟现阶段不太可能主动对《条例》进行修改，因此决定增加另一项监管机制。2019年3月19日，欧洲议会和理事会正式通过了《欧盟外国直接投资筛选框架》，并于4月10日生效。^①该框架规定，在基于安全或公共秩序理由审查外国直接投资时，成员国和欧委会将考虑下列因素：（1）是否为重要基础设施，如能源、交通、通信、数据存储、太空或金融设施以及敏感性设施；（2）是否为关键性技术，包括人工智能、机器人和半导体、有潜在军民两用功能的技术、网络安全、太空技术或者核技术；（3）涉及关键投入品的供应安全；（4）获得敏感信息或者控制敏感信息的能力。该框架同时规定，虽然成员国能够维持现有的投资审查机制，但欧委会将可能影响欧盟利益项目的外国直接投资也纳入其审查范围，并“可向筹划中的或已完成的外国直接投资所在成员国发表意见”，同时希望该成员国“最大限度地考虑委员会的意见；如果未采用委员会意见，需要对欧委会作出合理解释”。这一机制表现了欧盟保护主义的重新抬头（Fountoukakos and Puech-Baron, 2017）。^②

欧盟外国直接投资审查机制并不影响《条例》和《通知》的适用。由此产生的问题是，该框架将如何与成员国根据《条例》行使的成员国权利相关联，以便在“本

^① Regulation (Eu) 2019/452 of the European Parliament and of the Council of 19 March 2019 Establishing a Framework for the Screening of Foreign Direct Investments into the Union (EU Framework for Screening of Foreign Direct Investments), 19 March 2019.

^② EU Commission. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Establishing a Framework for Screening of Foreign Direct Investments into the European Union, 2017.

条例涉及的诸如公共安全、媒体的多元性和审慎性原则之外的合法权益”基础上能阻止集中。任何“其他权益”必须事先申报欧盟委员会批准。根据欧委会的说明,审查外商直接投资的理由必须和《条例》中的“合法权益”一致,并且不能违背欧盟法基本原则和其他法律法规。

六、结论

从以上实践来看,欧委会对于“集中”“单一经济体”“控制”和“决定性的影响力”等概念的解释和适用仍然面临诸多挑战,进而影响并购审查的后续程序。这些挑战包括:(1)确定所申报的交易是构成集中还是内部重组;(2)怎样计算营业额以确定是否达到“共同体规模”;(3)对所申报的集中就其与内部市场的兼容性进行实质性评估。第一个挑战在欧盟并购控制实践中尚未发生,因为欧委会还没有对两家或两家以上中国国企之间的并购进行过评估。第二个问题基本上没有得到解答,因为仅一家国企的年营业额就足以确立达到“共同体规模”,从而触发欧盟并购条例的适用。然而,这种不确定性将继续给合并当事各方造成重大的行政负担,他们不得不在“最坏情形”方法下继续申报集中。第三个问题涉及到国企集中的竞争评估,仍然有待进一步研究和深入探讨。

我们可以确定,未来中国能源领域的国企在欧盟经济体市场上参与集中交易时,作为单一经济体评判标准的“集团”包括中央国资委控制下所有该领域的国企,其营业额的计算将(或很可能)是这些国企的营业额总额,最终将(或至少很可能)超过合并控制审查的营业额阈值而不得不接受欧委会的审查。这意味着,即使直接参与交易的国企在欧盟市场并不活跃,甚至本身在欧盟没有营业额,但只要涉及国企的能源行业交易就需要上报欧委会。因此,任何国企涉及的能源行业交易都应仔细审查是否需要向欧委会申报,以避免遗漏,这可能导致巨额罚款等严重后果。^①另外还要注意,能源部门本身也是一个特别敏感和具有战略意义的部门,未来这一领域的交易很可能还会遭到欧委会出于公众利益和其他政治因素的投资审查。对于其他中国国企而言,在未来不短的时间内,至少针对战略性行业的国企和中央直接控制的国企的评估,欧委会很可能仍会沿用“最坏情形”这一方法。同时,在竞争行业运营的国企、由省级主管部门控制的国企或控股公司,被视为与其他国企一起组成“单一经济体”的一部分的可能性较小,因此预期会有更好的表现。此外,上述并购案的审查实践表明,欧委会通常不是根据已提交的证据来判断中国政府对国有企业的决策是否存在影响。欧委会还未完全意识到中国以国家为中心的经济模式和国企在

^① 欧盟的并购控制制度都是暂停性的,因此在获得批准之前,交易既不能结束,也不能实施。未在获得许可前通知应申报的交易或“执行”交易(在实践中通常被称为gun-jumping,即“抢跑”),在某些情况下可能会导致公司在集团层面的全球营业额高达10%的巨额罚款。比如Electrabel/Compagnie Nationale du Rhône案中交易主体因为没有通知交易,被罚款2,000万欧元;Marine Harvest/Morpol案中交易方未向欧委会通知交易,被处以2,000万欧元罚款;Altice/PT Portugal案中交易方在获批之前提前实施了交易计划,欧共体处以创纪录的1.245亿欧元罚款。

中国产业政策中的作用，是对涉及国企经济集中进行充分竞争评估的前提，反而一再采用回避的态度。但是这种态度不可能永远持续，因此，并购各当事方应充分准备好实质性证据，证明在商业决策中有足够的自主权，来反驳在合并评估中可能遭受的反不正当竞争的质疑，应对欧委会对中国国企参与并购交易的系统性歧视。

参考文献：

- [1] 高雅洁. 论欧委会关于中国国有企业并购欧盟企业的反垄断审查——以“单一经济体”理论为视角[D]. 上海：华东政法大学，2016.
- [2] Fountoukakos, Kyriakos, Puech-Baron, Camille. The EU Merger Regulation and Transactions Involving States or State-owned Enterprises: Applying Rules Designed for the EU to the People's Republic of China[J]. Concurrences Review, 2012.
- [3] Fountoukakos, Kyriakos, Puech-Baron, Camille. China/EU: The Gradual Evolution of the EU Commission's Merger Control Decisional Practice towards SOEs amidst an Increasingly Protectionist World[J]. Concurrences, 2017.
- [4] Lin, Li-Wen, Milhaupt, Curtis J. We Are the (National) Champions: Understanding the Mechanisms of State Capitalism in China[J]. Stanford Law Review, 2013, 65.
- [5] Milhaupt, Curtis J., Zheng, Wen-tong. Beyond Ownership: State Capitalism and the Chinese Firm[J]. Georgetown Law Journal, 2015, (103).
- [6] Odudu, Okeoghene, Bailey, David. The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law[J]. Common Market Law Review, 2014, 51(6).
- [7] Zhang, Angela Huyue. The Single-Entity Theory: An Antitrust Time Bomb for Chinese State-owned Enterprises?[J]. Journal of Competition Law & Economics, 2012, 8(4).
- [8] Zhang, Angela Huyue. Taming the Chinese Leviathan: Is Antitrust Regulation a False Hope?[J]. Stanford Journal of International Law, 2016, (51).

Practical Logic of EU Merger Control System in China State-owned Enterprise Abroad Acquisition Cases: Identification of Single Economic Entity in the Context of Worst Case Scenario

Alexandr Svetlicinii ZHANG Juanjuan LI Yimo (translator)

Abstract: As an important destination for China's SOEs to invest overseas, EU's merger control system has been the focus of academic and practical circles. Although in practice, the European Commission has almost approved the acquisition notification involving SOEs, in the process of identifying "single economy", except confirming that all SOEs in the energy industry are regarded as a single economy; for other industries, the European Commission adopts an evasive attitude and the method of "worst case scenario". Judged with this method, the conclusions are always against SOEs, which casts a shadow on the prospects for Chinese SOEs to invest in the EU. In addition, for those sensitive and strategic transactions, it may be subject to the Commission's review based on public interest and other political factors. Therefore, the SOEs should be fully prepared with substantial evidence to prove that they have sufficient autonomy in business decision-making, and refute the query of unfair competition that may be suffered in the merger evaluation, to respond to the systematic discrimination of the European Commission against the merger transaction conducted by Chinese SOEs.

Keywords: EU merger control system; state-owned enterprise; single economic entity; economic concentration; worst case scenario

(责任编辑：金孝柏)