
中欧竞争周研讨议题—— 平台企业经营者集中控制权问题

审三处

2021年11月30日

一、背景和意义

- 近年来，平台企业以协议架构、小股权投资等方式利用资本优势在互联网产业链不断扩张，传统控制权认定的一般规则在应对平台企业小股权投资方面遇到一定困难，这也是包括中国和欧盟在内的世界各反垄断司法辖区面临的共同挑战。
- 本议题中，中方将介绍经营者集中审查和调查中平台企业控制权认定问题的一般规则，结合某平台企业并购案中控制权认定的难点和挑战进行交流，希望通过交流介绍中方的规定、实践和遇到的问题，学习欧方的做法和实践经验，为下一步双方共同做好平台企业经营者集中审查和调查提供借鉴和参考。

二、中国反垄断法关于控制权问题的规定

- 2007年8月30日颁布的《中华人民共和国反垄断法》第二十条规定，经营者集中是指下列情形：
 - (一) 经营者合并；
 - (二) 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；
 - (三) 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。

二、中国反垄断法关于控制权问题的规定

- 2020年10月23日国家市场监督管理总局颁布的《经营者集中审查暂行规定》第四条规定，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，应当考虑下列因素：
 - （一）交易的目的是未来的计划；
 - （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者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；

三、关于控制权认定的经验和做法

- **(一) 控制权的概念**

- 《反垄断法》第二十条所指的控制权，是指经营者基于直接或间接持有的股权、资产或合同安排等，能够对其他经营者的经营策略施加重大影响的可能性。

- 积极权利
- 消极权利

三、关于控制权认定的经验和做法

- **(二) 控制权的类型**
-
- 法律上的控制权VS事实上的控制权;
- 单独控制权VS共同控制权;
- 直接控制权VS间接控制权;

三、关于控制权认定的经验和做法

- **(三) 控制权的判断思路**

- 经营者在以下方面之一拥有消极权利，即可认定对经营策略能够施加重大影响，拥有控制权：
 - (一) 关键管理人员的任免。例如总经理、负责经营的副总经理或者财务总监等；
 - (二) 财务预算；
 - (三) 经营计划；
 - (四) 重大投资，但对超出通常投资规模的消极权利可能视作保护性权利；
 - (五) 其他特定权利。例如，在技术占有重要地位的行业，对于研发计划的消极权利也构成控制权。

三、关于控制权认定的经验和做法

判断上述因素时，通常考察交易涉及的以下内容和材料：
（一）集中协议和其他经营者的章程；（二）交易的目
的和未来的计划；（三）交易前后其他经营者的股权结构
及其变化；（四）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等；（五）其他经
营者董事会、监事会或类似决策机构的组成及其表决事项
、表决机制，以及历史表决情况等；（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）该经营者或其他方持有的其他经营者的潜
在表决权，如可转换公司债券、可执行认股权证等；（八）
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。

此外，经营者仅拥有保护性权利，一般情况下不认为其
拥有控制权。

三、关于控制权认定的经验和做法

(四) 经验性的数字

50%，可以推定经营者拥有控制权的情况。

30%，可以认定经营者拥有控制权的情况。

10%，不认为其拥有控制权的情况。

四、案例分析及挑战

- 近年来，中国互联网、大数据、云计算、人工智能、区块链等技术加速创新，数字经济得到迅速发展，深入影响中国经济结构和市场竞争格局。
- 头部平台企业利用在数字经济产业链迅速扩张，一些控制权问题较为清晰的交易已经纳入经营者集中反垄断审查，如依法禁止虎牙公司与斗鱼国际控股有限公司合并案。
- 有些平台企业股权收购因未依法申报经营者集中受到行政处罚。2021年11月20日公布的43起涉及平台企业的未依法申报案。如阿里巴巴（中国）网络技术有限公司与腾讯控股有限公司收购永杨安风（北京）科技有限公司股权涉嫌未依法申报违法实施经营者集中案。

四、案例分析及挑战

- 有些平台企业的少数股权投资却难以清晰判断控制权，具体案例情况如下：
- **（一）案件基本情况**
- 某平台企业A收购某电商公司B股权案。2018年，A收购B 20%的股权，A认为没有取得B的控制权，因而未进行经营者集中申报。2021年，A以有限合伙人身份注资C基金30%的份额，C募集资金后收购B 17%股权。反垄断局收到举报，举报方认为通过上述交易，A取得了B的控制权，本交易构成未依法申报违法实施经营者集中。

四、案例分析及挑战

● (二) 控制权分析

- 1. 2018年交易。
- A收购B 20%的股权，B的股东大会表决机制为50%以上表决通过，除A外，有其他股东X股权占比超过50%，能够在股东会层面对B实施单独控制，A不享有一票否决权。
- B董事会9名成员，其中A占2位，B的董事会议事规则为简单多数表决通过，除A外，有其他股东X占董事会席位4席，另有3名独立董事，A不享有一票否决权。
- 此外，没有其他事实和证据证明A能够对B施加决定性影响。
- 因此，难以认定A通过该交易取得了B的控制权。

四、案例分析及挑战

2.2021年交易。

- A以有限合伙方式注资C基金，持有30%份额，另有其他2位有限合伙人分别持有C基金25%份额，C基金最高决策机构为合伙人大会，其表决机制为持有份额1/2以上表决通过，A无法单独通过或否决C基金合伙人大会的表决事项。C基金的日常管理事务由普通合伙人执行，A与该普通合伙人和其他有限合伙人均不是一致行动人。因此，难以认定A取得了C的控制权。

序号	合伙人性质	合伙人名称	出资比例
1	普通合伙人	H	5%
2	有限合伙人	A	30%
3	有限合伙人	1	20%
4	有限合伙人	2	20%
5	其他有限合伙人	3	5%
6	其他有限合伙人	4	5%
7	其他有限合伙人	5	5%
8	其他有限合伙人	6	5%
9	其他有限合伙人	7	5%

四、案例分析及挑战

C基金入股B后，B的股权结构为原单独控制人X持股22%，A持股20%（不变），C持股17%。B的股东大会议事规则不变，仍为简单多数通过，A无法单独通过或否决B股东大会事项；B的董事会席位仍为9席，A占2席、C占2席、X占2席，另有3名独立董事，其议事规则不变，仍为简单多数通过，A无法单独通过或否决B董事会事项，包括高管人员任免、财务预算和经营计划等。

因难以判断A取得了C的控制权，进而无法将A与C持有B的股权比例和董事会席位合并计算，因此，难以判断A通过C取得了B的控制权。

序号	股东名称	持股比例
1	原控股股东X	22%
2	A	20%
3	C基金	17%
4	其他	5.59%

四、案例分析及挑战

- 此外，C注资后，B董事会进行了改组，A提名的2位董事中的1位被选任为董事长。申报方主张，A提名的董事被选为董事长，是全体董事共同选举的结果，A对选举的过程和结果均无法掌控，存在不确定性，不能据此认为A拥有提名并委任B董事长的权力；董事长需要根据董事会的决议行使职权，A无法控制B的董事会，因此无法控制董事长行使职权。因此当事方认为，A提名的董事被选任董事长这一事实，不能认定为A取得B控制权的证明。
- 不排除A可能通过交易对B施加影响。**一是A与B在线上零售等市场是直接竞争者，A在该市场具有一定市场力量，A有动机通过本交易对B施加影响，进一步巩固和提升市场力量；二是A此前持有B 20%股权，本次交易后，其投资C的30%的份额，C持股B 17%股权，A可能对B的影响力进一步增强；三是A提名的董事被任命为B董事长，A通过该董事长可能对B施加一定影响

四、案例分析及挑战

- 为准确评估本交易控制权问题，反垄断局召开了专家论证会进行专题研究。
- 本案尚处于调查过程中，还需要进一步的事实和证据进行判断。因此，希望借此机会，就平台企业少数股权投资问题，听取欧方同行的做法和经验，并听取欧方同行对本案中控制权认定的看法。

- 谢谢!