

# 跨境并购之欧盟国家反垄断及国家安全审查法律规制问题简析

## —以德国为例

随着经济全球化日益加快的进程,我国企业的跨境并购发展迅速,参与的跨境并购交易,无论从数量、规模还是影响力方面都有重大提升。对于跨境并购而言,反垄断审查与国家安全审查是必须予以充分重视的环节之一。跨境并购可以充分集中相关行业的人力、财力和技术优势,提高企业竞争力,但也可能因此使行业集中度上升,排除或限制竞争因而损害消费者的利益,或者被东道国认为危害其国家安全。跨境并购不仅需要面对东道国的反垄断审查,如果涉及到敏感的行业,还可能需要进行国家安全审查。出于维护市场竞争和国家安全的目的,美国及欧洲联盟(以下称“欧盟”)许多国家为维护经济安全和市场经济秩序,都制定了反垄断和安全审查制度。各跨境并购东道国的反垄断法及国家安全审查法一般都包含关于并购审查的规定,要求达到一定营业规模的交易方就并购事宜向反垄断执法机关和/或国家安全审查机构进行申报。本文将详细介绍欧盟的反垄断制度,并以欧盟主要成员国德国为例,介绍其反垄断及国家安全审查制度。

### 一、欧盟层面的反垄断法律及国家安全审查框架制度

#### (一) 欧盟层面的反垄断法律

根据《欧盟兼并条例》(The EU Merger Regulation)第二段和第三段的规定,如参与合并的公司在全球的总营业额超过50亿欧元,并且参与合并的公司中至少有两个公司在欧盟的总营业额达到2.5亿欧元,即触发申报义务。或者,(i)参与合并的公司在全球的营业额超过25亿欧元;(ii)参与合并的公司至少在欧盟3个成员国的共同营业额超过1亿欧元;(iii)参与合并的司中至少有2个公司各自在欧盟上述3个成员国的营业额超过2,500万欧元;(iv)参与合并的公司中至少有2个公司各自在欧盟市场的总营业额超过了1亿欧元;以及(v)参与合并的各个公司在欧盟市场总销售额的2/3以上不是来自一个和同一个欧盟成员国。

应当注意的是,欧盟要求进行反垄断申报的交易必须在其进行前获得欧盟委员会的批准,否则将会面临巨额处罚。如果交易方未进行反垄断申报,一旦欧盟委员会知晓该等交易,例如,欧盟委员会通过新闻发布会的渠道知晓该等交易;或者交易方就交易向其他反垄断审

查机构（例如中国的市场监督管理总局）进行了申报；或者另一桩交易的申报披露了该未申报的交易，欧盟委员会即可能据此作出处罚。进行反垄断申报的交易方如果是中国的国有企业，可能需要提供的信息不仅仅包括其本身的业务范围，还包括同一或相关市场上的其他中国国有企业。鉴于向欧盟及东道国进行反垄断申报可能会对交易的达成产生实质性影响，为保证交易的合法性，避免违约，我们建议可在跨境并购交易文件中将通过欧盟及东道国的反垄断和国家安全审查设置为交易实施的先决条件。

中国企业作为收购方或投资方进行反垄断申报，如该企业在欧洲市场没有相关的业务，则有很大可能成功通过欧盟及东道国的反垄断审查。例如，若公司拟收购一家位于欧盟的标的公司，标的公司既有业务 A 又有业务 B，而欧盟委员会的主要关注点在于交易完成交割后业务 A 是否会在欧盟市场形成垄断，公司可承诺在将来剥离售出 A 业务。实践中，类似的案例为：2006 年 1 月，中国国际海运集装箱（集团）股份有限公司（以下称“中集集团”）与荷兰博格工业公司（运输装备供应商，以下称“荷兰博格”）草签协议约定，中集集团与荷兰博格的股东合资成立一家新公司，新公司将拥有荷兰博格 100% 的权益，中集公司拥有新公司 75% 的权益。欧盟委员会认为中集集团通过本次交易，将在全球罐式集装箱这一细分市场拥有超过 50% 的份额，会损害客户和其他竞争对手的利益，决定不予批准此次交易。2006 年 11 月，中集集团调整了交易计划和交易架构，剥离了有反垄断嫌疑的标准罐箱业务，最终成功完成了本次交易。

## （二）欧盟的国家安全审查框架制度解读

2019 年 2 月 14 日，欧洲议会批准《欧洲议会和理事会关于制定欧盟外商直接投资审议条例以建立欧盟外商直接投资审查框架的规定》（REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL establishing a framework for screening of foreign direct investments into the European Union，以下称“《条例》”）。2019 年 3 月 19 日，欧盟委员会发布了《条例》，于 2019 年 4 月 1 日生效并于 18 个月后正式施行。《条例》作为一种协调机制，被更多定位于咨询角色，不会改变欧盟成员国现有的国家安全审查机制，各成员国保留其各自的国家安全审查职责和权限。下文将以欧盟的主要成员国德国为例，介绍德国的反垄断法律和安全审查制度。

## 二、德国的反垄断及国家安全审查法律

### (一) 德国的反垄断法律体系概况

目前，德国实施两套反垄断法律体系——欧盟的反垄断法律体系和德国的国内法《反限制竞争法》(Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 以下称“《反限制竞争法》”)。反垄断审查申报也分为欧盟和德国两个层面，如果交易同时达到需要向德国联邦反垄断监管机构，即德国联邦卡特尔局(Bundeskartellamt, 以下称“联邦卡特尔局”)和欧盟委员会申报的门槛，那么只需要进行欧盟的反垄断申报；如果交易没有达到欧盟的审查标准，则只需要在德国进行反垄断申报。

德国于1957年首次颁布了《反限制竞争法》，立法的主要目的是对市场垄断、限制竞争和过度集中造成公开市场失灵等行为做出相应的限制性规定，以保证公平竞争。2017年3月9日，德国联邦议院审批通过了《反限制竞争法-第九修正案》(Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 以下称“《第九修正案》”)，其中引入的新申报标准进一步拓宽了反垄断申报的范围。《反限制竞争法》中的重要条款包括：

第35条主要阐述经营者集中的有关规定，《第九修正案》就此作出了如下补充修订<sup>1</sup>：

“有关经营者集中之控制权规则亦将适用，如果：

- 1、第一款之第一项中的条件得以满足<sup>2</sup>；
- 2、交易之前在德国境内上一会计年度中：
  - (1) 其中一个参与集中的企业营业额超过2,500万欧元，且
  - (2) 对于拟被收购企业以及任何其他参与集中的企业的营业额都未超过500万欧元；
- 3、本次集中的交易价格超过4亿欧元；且
- 4、根据第2项的规定，拟被收购企业在德国境内有重要的商业活动。

第37条规定，一家企业收购另一家企业全部或部分股权取得直接或间接控制权，或投

---

<sup>1</sup> See”§ 35 (1a) Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden auch Anwendung, wenn

1. die Voraussetzungen des Absatzes 1 Nummer 1 erfüllt sind,

2. im Inland im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss

a) ein beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von mehr als 25 Millionen Euro erzielt hat und

b) weder das zu erwerbende Unternehmen noch ein anderes beteiligtes Unternehmen Umsatzerlöse von jeweils mehr als 5 Millionen Euro erzielt haben,

3. der Wert der Gegenleistung für den Zusammenschluss mehr als 400 Millionen Euro beträgt und

4. das zu erwerbende Unternehmen nach Nummer 2 in erheblichem Umfang im Inland tätig ist.”

<sup>2</sup> See “§ 35 (1) Geltungsbereich der Zusammenschlusskontrolle (1) Die Vorschriften über die Zusammenschlusskontrolle finden

Anwendung, wenn im letzten Geschäftsjahr vor dem Zusammenschluss 1. die beteiligten Unternehmen insgesamt weltweit Umsatzerlöse von mehr als 500 Millionen Euro;”

资行为对其他公司产生重大影响，均应向联邦卡特尔局申报，即只要一家企业收购另一家企业超过 25% 的股权，无论是否构成控股都应向联邦卡特尔局申报。需要注意的是，即便收购不超过 25%，但只要一家企业实质性地控制了另一家企业，也需要申报。

第 39 条至第 41 条规定了申报程序。如果相关企业认为收购计划达到申报要求，就应在交易实施之前将收购计划呈报给联邦卡特尔局。联邦卡特尔局在收到完整申报材料后一个月内进行初步审核，以判断此次收购交易是否需要立案。在实践中，为了避免进入主审核阶段，企业通常会在申报之前与联邦卡特尔局进行预沟通，详细解释收购计划，并提供相关交易信息，帮助联邦卡特尔局消除疑虑，或就联邦卡特尔局提出的意见协商解决办法。如联邦卡特尔局在此期间没有复函，申报企业将启动正式申报程序。如审核进入主审核阶段，联邦卡特尔局会在收到完整申报材料后四个月内进行裁决，否则视为通过审核。

第 40 条规定，联邦卡特尔局可根据具体案件情况作出准许、禁止或附条件批准交易的决定。如果审核结果不利，申报企业可与联邦卡特尔局进行商议，提出补救方案。实践中联邦卡特尔局更倾向于要求申报企业通过资产剥离的方式来解决收购产生的垄断问题。

## （二）德国及全球未来反垄断执法的发展方向

2019 年 2 月 7 日，联邦卡特尔局公布，认定 Facebook 在用户数据的收集、整合和使用等方面存在滥用市场支配地位的行为，即在未征得有效同意的前提下，Facebook 将其自有平台及其他第三方网站和软件收集的用户个人信息整合至 Facebook 账号，该行为有违《欧盟通用数据保护条例》（General Data Protection Regulation，以下称“GDPR”）以及一般的数据保护原则，构成对其市场支配地位的滥用——根据《反限制竞争法》第 18 条<sup>3</sup>的规定。从上述案例可以看出，欧盟，特别是德国已将数据保护列为判定外国投资方是否处于市场支配地位的关键因素之一。

值得注意的是，GDPR 已于 2018 年 5 月 25 日全面实施，堪称当今全球最严厉的数据和隐私保护法规。在数据保护与竞争法联系日趋紧密的今日，联邦卡特尔局的这一判定无疑有着深远意义。数据处理已经受到全球所有主要经济体的高度重视，公司对个人信息的处理不仅是数据保护执法机构的关注点，也和竞争执法机构息息相关。可以预见，在不久的将来，东道国反垄断执法机构对于数据保护领域的关注将越来越多，因此，我们建议中国企业在对

---

<sup>3</sup> See “§ 18 Marktbeherrschung”

外投资时应尽早着手规划相关的合规工作。

### （三）德国的外商投资安全审查法律框架

#### 1、德国的外国投资控制体系概况

2009年5月,《德国对外贸易法》(Außenwirtschaftsgesetz, 以下称“AWG”)生效,2017年7月,《对外贸易条例》(Außenwirtschaftsverordnung, 以下称“AWV”)生效。根据AWG及AWV的规定,德国政府授权德国联邦经济与能源部(Bundesministerium für wirtschaft und energie, 以下称“BMW”)对外商投资进行审查和监督。2018年12月19日,德国联邦政府就AWV又通过了一项修正案,降低了审查的门槛,将审查门槛从25%股权降低至10%,同时也扩大了BMW对外商投资审查的覆盖范围(覆盖到了大众传媒)。

BMW只对可能会导致外国投资人持有德国公司25%以上股权的交易进行审查,这一审查主要有两个类型:一是跨行业审查,该领域的审查适用于来自非欧盟国家或欧洲自由贸易联盟以外的投资者,除非交易涉及对外贸易条例中列举的关键领域,比如关键基础设施、电信监控、云计算等,且投资者计划收购目标企业25%以上的股份,否则投资者不需要向BMW进行申报。但BMW还有权审查该交易是否对德国的公共安全及秩序形成威胁。在该审查过程中,交易方可自愿提交本次交易不会对德国的公共安全及秩序形成威胁的相关文件;二是特定行业审查,主要针对敏感行业领域,该领域的审查适用于所有非德国的投资者,主要涉及军工、国防等国家安全敏感行业。如果外国投资者投资的目标企业涉及敏感行业,且外国投资者计划收购其25%以上的股份时,外国投资者需要向BMW申报,由BMW对交易进行国家安全审查。特殊领域的审查是强制性的。

#### 2、2018年的德国外商投资改革—审查门槛的降低和覆盖范围的扩大

尽管AWV规定了法定的审查标准,但BMW还有自由裁量的余地,可通过其他方式阻止可能对德国的公共安全和秩序产生影响的交易。2018年7月,中国国家电网有限公司欲收购德国输电系统运营商50Hertz 20%的股权。该交易未达到AWV25%的审查门槛,BMW未能启动审查程序,但最终德国政府通过法兰克福的复兴信贷银行收购50Hertz 20%的股权从而阻止了该交易。此外,2018年8月,出于对德国敏感技术秘密和科技可能被外泄并被用于军事目的的担忧,德国政府叫停中国民营企业烟台市台海集团有限公司拟收购德国机械工程产品制造商Leifeld Metal Spinning的交易。在德国政府迫切想要加强外商投资

监管的背景之下，相关的监管政策导向也仍在持续强化--2018 年 12 月，德国联邦政府就 AWV 通过了新修正案，并于 2019 年 1 月生效。新修正案修正的内容包括以下两方面：

### (1) 扩大了覆盖范围

修正案扩大了其适用的交易门类，将大众传媒企业领域纳入跨行业审查的覆盖范围。也即，现在跨行业审查的领域涵盖：

1) 关键基础设施的运营。与能源、信息技术和通信、交通与公路运输、健康、水资源、营养、金融和保险，以及其他一旦出现问题就会造成严重的供应短缺、波及社会安全的有关行业；

2) 为关键基础设施运营而开发或改进特定行业的软件，包括：①能源领域的发电或网络控制技术的软件；②水资源领域的控制或自动化技术的软件；③在信息技术和通信领域收集和传输信息领域的软件；④支持现金提供、卡片支付或任何在金融领域交易的软件；⑤健康领域的医院信息系统或者医药推销的软件；⑥空中、轨道或道路交通领域的软件；⑦营养领域食物供应的软件；

3) 涉及到联邦通信法案下第 110 条规定的与通信监督有段的技术；

4) 云计算服务；

5) 与远程通讯基础设施有关的服务；

6) 传媒业利用广播、电视媒体或出版物促进公众舆论的形成并以其及时性和广泛影响而著称的公司。

### (2) 降低了审查门槛

修正案除了扩大审查领域之外，还降低了交易审查门槛，扩大了 BMWi 审查外国投资者收购关键基础设施和媒体领域的德国公司的调查和否决的权限—收购股权比例由原先的 25% 降至 10%，这意味着外国投资者在收购涉及跨领域（即关键基础设施和媒体领域）和所有针对特定领域<sup>4</sup>（如某些军事物品）的德国公司 10% 或 10% 以上的股份时，即可能面临 BMWi 的审查。但是，AWV 项下第 55 条总括条款中非特定领域且非关键基础设施领域交易的审查门槛仍为原先的 25%。审查门槛的降低表明德国加强了对外国投资者在德国投资的审查，外国投资者未来在德国的投资将受到更多来自德国政府的干预。

现新修正案项下的审查流程如下表所示：

---

<sup>4</sup>特定行业主要有以下几个方面：(1) 制造或开发在德国出口清单第一部分 Section A 中的商品，包括：消防设备，武器，检测和识别装置，集成设备，航空设备，军事教育设备，成像设备，潜水设备，机器人，核能源生产设备，放射设备，尤其是其中以军用为目的；(2) 生产或开发用于上述几个领域设备的制造、开发、检测的材料。

收购目标公司 超过 10%的股 权	特定行业审查：AWV 第 60 至 62 条	收购方申报	BMW i 决定是否授予批准
			BMW i 作出决定或禁令
	跨行业审查：AWV 第 55 至 59 条	同上	BMW i 出具无异议证明
			BMW i 作出决定或禁令

### 三、结论

在欧盟各国对反垄断和国家安全审查日趋严格的趋势下，中国投资者，特别是中国的国有企业，在对欧盟成员国进行投资时，应当对欧盟及东道国的反垄断和国家安全审查机制有充分的了解。在交易前，应对交易全过程反垄断申报和国家安全审查可能对达成交易产生的影响进行深入且全面的风险评估。我们建议，跨境并购交易中的反垄断和国家安全审查尽职调查早于其他尽职调查进行。对于跨境并购交易中涉及的东道国反垄断审查和国家安全审查相关问题，要尽早发现和解决，及时与东道国相关监管部门进行沟通，并根据监管部门的要求调整交易架构和作出解释说明。一旦发现交易可能因为东道国反垄断和国家安全审查的原因无法推进，应尽早停止交易进度，避免后续产生不必要的费用和支出。

(完)