

2021中国反垄断与外商投资安全审查进展回顾

作者：钱晓强 林熙翔

1、中国反垄断进展：2021年回顾

2021年以来，回应中央关于“强化反垄断和防止资本无序扩张”的重点任务，中国反垄断立法、执法和司法活动空前活跃。具体而言：

立法领域

· 全国人大常委会于2021年10月23日发布《反垄断法（修正草案）》（“修正草案”），向社会征求意见。本次修正草案以“小修”为工作思路，于宏观层面，回应数字经济、公平竞争审查两点政策关注，为其提供上位法律基础；于技术层面，加重行政处罚力度（其中就不具有竞争关注的未依法申报处罚力度拟从人民币50万元提高至500万元）、拟为垄断协议提供“安全港”制度，是主要亮点。据悉，全国人大常委会正加紧研讨社会各界意见，推进修法事宜；

· 市场监管总局、发改委、财政部、商务部、司法部于2021年6月29日，联合发布《公平竞争审查制度实施细则》（“实施细则”）。实施细旨在落实2016年《国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》，规定具体的审查机制。与欧盟国家援助控制制度相似，欧盟国家援助制度旨在规范政府通过补贴等直接干预形式扭曲市场竞争的行为，中国公平竞争审查旨在规范政府有关行为，优化营商环境，防止出台排除、限制竞争的政策。

· 国务院反垄断委员会于2021年2月7日、2021年11月15日分别颁布《关于平台经济领域的反垄断指南》、《关于原料药领域的反垄断指南》；市场监管总局于2021年11月15日颁布《企业境外反垄断合规指引》。前述指南旨在规范国计民生、国家战略重点领域的市场竞争秩序，为企业合规经营提供指引；同时，体现了前述领域将持续作为执法的重点。

执法领域

· 机构改革：(i) 2021年11月18日，国家反垄断局（副部级国家局）正式组建，设置反垄断执法一司、反垄断执法二司和竞争政策协调司等三个司局，分别负责垄断行为执法、并购审查、反垄断政策和国际交流；(ii) 2021年12月20日，市场监管总局组建竞争政策与大数据中心，竞争政策与大数据中心主要职责是开展反垄断、竞争政策、平台经济等领域政策理论研究，承担反垄断执法、市场监测、电子取证固证、大数据分析等的技术支撑工作。

· 经营者集中审查领域：

无条件批准：合计审结无条件批准的经营者集中案件700宗左右（同比增长54%），其中约600宗左右为简易案件（约占2021年无条件批准案件数量的85%），申报数量高速增长；我们预期，2022年申报数量仍将持续增长；

附条件批准：附加限制性条件批准的案件4宗（与2020年持平），集中于高科技或制造业领域，且均系全球性交易。其中，1宗附加结构性限制条件（买方剥离特定业务），3宗附加行为性限制条件。平均用时11.5个月左右，均涉及法定审限届满，申报人撤回申报之后再次提交的情形。海问代理其中一宗附条件批准的案件。我们预期，就具有竞争关注的全球性交易，横向比较，中国仍是执法较为活跃、立场较为审慎的主流司法辖区之一；

禁止：禁止经营者集中的案件1宗，即两家游戏直播平台合并案，是中国反垄断执法至今第3宗禁止集中

案件；

未依法申报集中：合计就107宗未依法申报交易作出行政处罚（数量同比增长764%）。作为观察：(i) 绝大多数案件涉及平台经济领域和“VIE结构”；(ii) 少数股权投资中，私募股权基金投资人取得目标公司的“共同控制权”未依法申报的情形进入执法视野，其约50宗投资人的持股比例低于30%（约10宗投资人持股比例低于10%）被认定为取得共同控制权。

· 垄断协议与滥用市场支配地位执法领域：2021年，全国全年查处垄断案件175件。平台经济、医药、建材、石油化工等行业是调查执法的重点领域。其中，国家市场监督管理总局反垄断局共公布26宗作出行政处罚的垄断案件，具体而言：

垄断协议：(i) 13宗横向垄断协议案件，涉及固定价格、分割市场、限制生产数量等，主要集中在水泥、医药行业；(ii) 2宗纵向垄断协议案件，涉及转售价格维持，分别为公牛集团案和扬子江药业案。我们预期，重点领域的横向垄断协议和纵向价格限制等“核心限制”仍将是2022年执法重点；

滥用市场支配地位案件：11宗，涉及不公平高价、拒绝交易、限定交易、搭售、附件不合理交易条件等，主要集中在平台经济、药品、石化与燃气行业。值得一提的是，市场监管总局就“二选一”的滥用市场支配地位行为对两家互联网平台企业分别处以182.28亿元和34.42亿元巨额罚款。

司法领域

· 2021年1月1日，最高人民法院发布修改后的《关于审理因垄断行为引发纠纷案件应用法律若干问题的规定》，进一步完善反垄断民事诉讼程序；

· 反垄断诉讼逐渐活跃，其中引人瞩目的四宗案件：

字节/腾讯案。2021年2月，字节跳动旗下抖音向北京知识产权法院提交诉状，起诉腾讯旗下微信、QQ限制用户分享来自抖音的内容，构成滥用市场支配地位，排除、限制竞争；抖音要求判令腾讯停止封禁行为，索赔损失及合理费用9,000万元；

蚁坊/新浪微博案。2021年11月，蚁坊因新浪微博拒绝许可其使用新浪微博数据提供政务舆情监测服务，构成滥用市场支配地位，向长沙市中级人民法院提起诉讼，请求法院判令微梦公司以合理条件允许蚁坊公司使用新浪微博数据，并赔偿蚁坊公司经济损失及合理费用合计550万元；我们理解，字节/腾讯案、蚁坊/新浪微博案两宗案件均涉及“互联互通”，特别是开放领先平台企业沉淀的用户关系和数据等核心资源，案件进展与法院的最终判决将影响深远；

李震/阿里系案。2021年4月，李震向上海知识产权法院递交起诉状，起诉阿里巴巴集团、支付宝公司、蚂蚁科技集团、淘宝公司和天猫公司滥用市场支配地位，通过限定用户在淘宝和天猫只能使用支付宝作为唯一支付渠道，侵害其自由选择权和公平交易权，损害了支付市场的公平竞争。上海知识产权法院于2021年6月出具《受理通知书》，通知立案。这一案件涉及阿里系主体在“支付”领域的商业行为；

日立金属/宁波稀土企业案。2014年，四家宁波稀土企业以日立金属公司利用其烧结钕铁硼的工艺专利实施滥用市场支配地位的行为为由提起诉讼，成为首例非标准必要专利拒绝许可垄断案。2021年4月，宁波市中级人民法院作出判决，在认定拒绝相关专利许可是否构成滥用行为时，适用了“必需设施原则”，并提出了适用该原则的五个要件，最终判决日立金属构成拒绝交易的行为。日立金属不服一审判决提起上诉，该案上诉阶段的审理目前正在最高法院进行。本案的最终结果对于“必需设施原则”在中国反垄断法实践中的适用，以及解决反垄断法与知识产权保护之间的利益平衡问题具有重大的影响。

2、中国外商投资安全审查进展：2021年回顾

中国外商投资安全审查制度概述

2015年7月实施的《国家安全法》是中国国家安全领域的基本法律，确立了国家安全审查监管的制度框架，其第59条概括性地规定了国家安全审查与监管所涉及的领域与范围，即“影响或可能影响国家安全的外商

投资、特定物项和关键技术、网络信息技术产品和服务、涉及国家安全事项的建设项目，以及其他重大事项和活动”。

2020年1月实施的《外商投资法》，其第35条从外资基本法的层面确立了外资安全审查制度，即“国家建立外商投资安全审查制度，对影响或者可能影响国家安全的外商投资进行安全审查。依法作出的安全审查决定为最终决定”。

在上述基本框架下，2020年12月，国家发展改革委、商务部联合发布的《外商投资安全审查办法》（“《安全审查办法》”），进一步明确了外商投资需遵循的安全审查制度，并于2021年1月18日起实施。《安全审查办法》施行之前，有关外国投资者在中国境内投资涉及的安全审查制度散见于以下适用规则中：

- 商务部2009年发布的《关于外国投资者并购境内企业的规定》，其中规定“外国投资者并购境内企业并取得实际控制权，涉及重点行业、存在影响或可能影响国家经济安全因素或者导致拥有驰名商标或中华老字号的境内企业实际控制权转移的，当事人应就此向商务部进行申报”；

- 国务院办公厅2011年2月发布的《关于建立外国投资者并购境内企业安全审查制度的通知》，就外资安全审查的范围、安全审查内容、工作机制以及审查程序等作出了明确规定；

- 商务部2011年8月发布的《商务部实施外国投资者并购境内企业安全审查制度的规定》，细化了外资安全审查的适用范围和具体程序等；

- 国务院办公厅2015年4月发布的《自由贸易试验区外商投资国家安全审查试行办法》。

《安全审查办法》就上述规则进行了整合与完善。根据《安全审查办法》，对影响或者可能影响国家安全的外商投资，外国投资者或者境内相关当事人应当在实施投资前主动向工作机制办公室申报。工作机制办公室设在国家发展改革委，由国家发展改革委、商务部牵头，承担外商投资安全审查的日常工作。具体而言：

- 纳入安全审查的外商投资形式：根据《安全审查办法》，外商投资，是指外国投资者直接或者间接在中华人民共和国境内（以下简称境内）进行的投资活动，包括：(i) 外国投资者单独或者与其他投资者共同在境内投资新建项目或者设立企业；(ii) 外国投资者通过并购方式取得境内企业的股权或者资产；(iii) 外国投资者通过其他方式在境内投资。基于上述，外国投资者通过协议控制、代持、信托、再投资、境外交易、认购可转换债券等方式投资等间接投资的方式亦很可能落入安全审查的范围。

- 纳入安全审查的外商投资行业：《安全审查办法》将纳入安全审查的行业领域分为两类：

军工行业：投资军工、军工配套等关系国防安全的领域，以及在军事设施和军工设施周边地域投资。这一领域的外商投资不需要以“取得控制权”为前提，只要涉及即纳入安全审查范围；

重要领域：投资关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重大装备制造、重要基础设施、重要运输服务、重要文化产品与服务、重要信息技术和互联网产品与服务、重要金融服务、关键技术以及其他重要领域，并取得所投资企业的实际控制权。就这一领域的外商投资，(i) 需进一步评估外国投资者是否取得所投资企业的“实际控制权”。就何为“实际控制权”，《安全审查办法》的定义较为宽泛，包括(a) 外国投资者持有企业50%以上股权；(b) 外国投资者持有企业股权不足50%，但其所享有的表决权能够对董事会、股东会或者股东大会的决议产生重大影响；(c) 其他导致外国投资者能够对企业的经营决策、人事、财务、技术等产生重大影响的情形；(ii) 需进一步评估是否落入“重要领域”。就何为“重要领域”，《安全审查办法》尽管列举相关行业范围，但表述比较概括；实践中，审查机关通常基于一事一议的原则根据某投资项目的具体情况，评估某行业领域的外商投资项目是否需进行安全审查申报。

观察与评述

《安全审查办法》自2021年1月实施以来，就我们所知，国家安全审查实践中呈现如下特征：

· 就安全审查申报的数量而言，已经有多宗交易提交国家安全审查申报，其中部分交易系审查机构依据职权主动联系相关交易方要求其提交的申报；另一部分交易涉及外国投资者并购境内企业，涉及军工行业或重要领域，由交易方主动提交的申报；

· 就审查的外商投资形式而言，外资向外资转让股权/资产的交易并不是外商投资安全审查的法定豁免情形，需结合交易及其所涉行业的具体情形进行判断；

· 就审查的标准和考量因素而言，由于《安全审查办法》目前尚未有任何配套措施，就何为“实际控制权”和外商投资“重要领域”，缺乏更为具体和明确的指引；就安全审查的先例而言，无论是通过审查、附条件通过或者禁止一项外商投资交易，审查机构没有法定义务，且实践中亦未公开相关的审查决定，市场上缺乏先例可循。因此，整体而言，审查机构对“实际控制权”、外商投资“重要领域”、“影响或者可能影响国家安全”等问题的解释和判断标准具有较大的裁量空间，尚待随着执法实践的发展进一步明晰。

如上所述，涉及国家安全的行业在《安全审查办法》中规定的比较原则和概括，从近期国家层面的一些有关国家安全的提法来看，可能有以下方面值得关注：

· 2021年3月13日发布的“十四五规划纲要”，提出了粮食安全战略、金融安全战略、能源安全战略，以及加强生物安全风险防控。具体包括：

实施粮食安全战略：实施分品种保障策略，完善重要农产品供给保障体系和粮食产销衔接体系，确保口粮绝对安全、谷物基本自给、重要农副产品供应充足……积极开展重要农产品国际合作，健全农产品进口管理机制，推动进口来源多元化，培育国际大粮商和农业企业集团。制定粮食安全保障法。

实施金融安全战略：……加强系统重要性金融机构和金融控股公司监管，强化不良资产认定和处置，防范化解影子银行风险，有序处置高风险金融机构，严厉打击非法金融活动，健全互联网金融监管长效机制……完善跨境资本流动管理框架，加强监管合作，提高开放条件下风险防控和应对能力。加强人民币跨境支付系统建设，推进金融业信息化核心技术安全可控，维护金融基础设施安全。

实施能源资源安全战略：……增强能源持续稳定供应和风险管控能力，实现煤炭供应安全兜底、油气核心需求依靠自保、电力供应稳定可靠。夯实国内产量基础，保持原油和天然气稳产增产，做好煤制油气战略基地规划布局和管控……多元拓展油气进口来源，维护战略通道和关键节点安全。

加强生物安全风险防控：建立健全生物安全风险防控和治理体系，全面提高国家生物安全治理能力……统筹布局生物安全基础设施，构建国家生物数据中心体系，加强高级别生物安全实验室体系建设和运行管理。强化生物安全资源监管，制定完善人类遗传资源和生物资源目录，建立健全生物技术研究开发风险评估机制。推进生物安全法实施。加强生物安全领域国际合作，积极参与生物安全国际规则制定。

· 2021年11月18日，中共中央政治局召开会议，审议《国家安全战略（2021—2025年）》。根据新华社报道，会议强调，必须坚持把政治安全放在首要位置，统筹做好政治安全、经济安全、社会安全、科技安全、新型领域安全等重点领域、重点地区、重点方向国家安全工作……确保粮食安全、能源矿产安全、重要基础设施安全，加强海外利益安全保护……加快提升生物安全、网络安全、数据安全、人工智能安全等领域的治理能力。

刘嘉纯、张玲君、孙佳雨律师就本文亦有贡献。

如您希望了解中国反垄断法、外商投资国家安全审查的进一步信息，敬请联系海问律师事务所合伙人钱晓强 (qianxiaoqiang@haiwen-law.com)、林熙翔 (linxixiang@haiwen-law.com)或其他海问律师事务所的律师。

