



# **Merger Control in China**

**Denis F. BERGER**

**Tian XU**

February, 2012

## 1. Einleitung, Anwendungsbereich und relevante Sachverhalte

Das chinesische Kartellgesetz oder Anti-Monopoly Law (“AML”) wurde im August 2007 erlassen und trat am 1. August 2008 in Kraft. Dieses Gesetz schuf erste Grundlagen für die Entwicklung einer modernen Wettbewerbsregulierung in China. Das AML wird durch verschiedene Durchführungsverordnungen ergänzt. Es ist anwendbar auf rein nationale Sachverhalte sowie auf internationale, sofern diese geeignet sind, auf dem chinesischen Markt wettbewerbsbeschränkende oder -ausschliessende Wirkungen zu entfalten.<sup>1</sup> Im AML werden drei Sachverhalte geregelt, die als kartellrechtlich relevant gelten: unzulässige Wettbewerbsabreden, Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung, sowie die wettbewerbsbeschränkende oder -ausschliessende Konzentration von Unternehmen.<sup>2</sup> Dem AML unterliegen sowohl natürliche als auch juristische Personen.<sup>3</sup> Das Anti-Monopoly Bureau des Ministry of Commerce (“MOFCOM”) ist für die Umsetzung des AML und die Beurteilung der dem AML unterstellten Sachverhalte zuständig.

## 2. Welche Konzentrationen sind ab welchen Umsätzen meldepflichtig?

Hierzu sind zwei Fragen zu beantworten: In einem ersten Schritt wird festgestellt, ob eine *Konzentration*<sup>4</sup> im Sinne des Gesetzes vorliegt, im zweiten Schritt, ob diese die festgelegten *Schwellenwerte*<sup>5</sup> erreicht. Falls beide Fragen zu bejahen sind, ist die Konzentration meldepflichtig.

Als relevante *Konzentration* gilt zum Einen die Fusion.

Auch eine Übernahme der Kontrolle über einen der Beteiligten durch Akquisition von Anteilen oder Vermögenswerten stellt eine Konzentration im Sinne des Gesetzes dar.

Aber auch die Übernahme der Kontrolle und Möglichkeit entscheidender Einflussnahme durch Verträge oder andere Mittel ist eine Konzentration im Sinne des Gesetzes.

---

<sup>1</sup> Art. 2 AML.

<sup>2</sup> Art. 3 AML.

<sup>3</sup> Art. 12 Abs. 1 AML.

<sup>4</sup> Art. 20 AML.

<sup>5</sup> Rules of the State Council on Notification Threshold for Concentrations of Business Operators.

Aus der gängigen Praxis und dem Entwurf der einschlägigen Durchführungsverordnung des MOFCOM lässt sich schliessen, dass die Übernahme eines Mehrheitsanteils grundsätzlich als Übernahme der Kontrolle gilt. Allerdings kann auch mit einem Minderheitsanteil, sofern dieser einhergeht mit entsprechenden Vetorechten, z.B. in Bezug auf das Budget, auf die Ernennung von Vorständen oder leitenden Angestellten oder auf strategische Investitionen, der Grad einer Kontrollübernahme erreicht werden. Eine tatsächliche Kontrollübernahme (ohne Akquisition von Anteilen oder Vermögenswerten) kann z.B. über strategische Verträge erfolgen, etwa Lizenzverträge über Immaterialgüterrechte. Weiter ist zu erwähnen, dass sowohl die Gründung von Joint Ventures als auch ein Eigentümerwechsel innerhalb eines solchen Beteiligungsunternehmens als Konzentrationen gelten.

Das Vorliegen folgender Kriterien, respektive Erreichen folgender *Schwellenwerte*, führt zu einer Meldepflicht im Hinblick auf die Konzentration:

1.a Der weltweite Gesamtumsatz aller an der Konzentration Beteiligten im der Transaktion vorausgehenden Fiskaljahr beträgt mehr als RMB 10 Milliarden (ca. CHF 1.5 Mia. Stand Januar 2012);

ODER

1.b Der Gesamtumsatz auf dem chinesischen Markt aller an der Konzentration Beteiligten im der Transaktion vorausgehenden Fiskaljahr beträgt mehr als RMB 2 Milliarden (ca. CHF 300 Mio. Stand Januar 2012);

UND

2. Der Umsatz auf dem chinesischen Markt von mindestens zwei an der Konzentration Beteiligten beträgt jeweils mehr als RMB 400 Millionen (ca. CHF 60 Mio. Stand Januar 2012).

Zu Verdeutlichung: Eine Meldepflicht besteht nur dann, wenn Punkt 2 gleichzeitig mit entweder Punkt 1.a oder Punkt 1.b vorliegt.

Bei der Berechnung oben aufgeführter Schwellenwerte wird dem Umsatz eines Beteiligten der (konsolidierte) Gesamtumsatz der Unternehmensgruppe, der der Beteiligte angehört, hinzugerechnet. Wird demgegenüber auf Verkäuferseite nur ein Teil einer Unternehmensgruppe Gegenstand einer Konzentration, so wird auf Verkäuferseite auch nur mit dem Umsatz dieses Teils gerechnet. Eine nochmals andere Kalkulation wird bei der Gründung eines Joint Ventures vorgenommen, bei der die Gesamtumsätze aller Beteiligten mit in die Rechnung eingebracht werden

### 3. Wie und was wird geprüft?

Die Transaktion darf erst durchgeführt werden, wenn das MOFCOM seine Prüfung der Konzentration abgeschlossen und die entsprechende Genehmigung erteilt hat. Das MOFCOM hat nach Erhalt der Meldung 30 Tage Zeit, seine vorläufige Prüfung abzuschliessen. Nach Ablauf dieser Zeit gilt die Konzentration sonst automatisch als genehmigt; (2010 wurden 60% der gemeldeten Konzentrationen in dieser Phase zugelassen). Sollte das MOFCOM sich für eine detailliertere Prüfung entscheiden, so ist diese innerhalb von 90 Tagen abzuschliessen, widrigenfalls die Konzentration als genehmigt gilt (in Ausnahmefällen kann diese Frist noch um 60 Tage verlängert werden).<sup>6</sup>

Die Prüfung konzentriert sich v.a. auf folgende Punkte<sup>7</sup>:

- Marktanteil und Marktmacht der Beteiligten im relevanten Markt,,
- Konzentration im relevanten Markt,
- die Auswirkung der Konzentration auf den Marktzugang und den technologischen Fortschritt,
- die Auswirkung der Konzentration auf die Verbraucher und andere Teilnehmer und zuletzt
- ihre Auswirkung auf die Entwicklung der Volkswirtschaft.

Die dieser Prüfung zugrundeliegenden Daten erlangt das MOFCOM in erster Linie von den Beteiligten. Weitere wichtige Quellen sind Konkurrenten, Industrie- und Handelsverbände, Zulieferer und Abnehmer sowie andere Ministerien.

---

<sup>6</sup> Art. 25, 26 AML.

<sup>7</sup> Art. 27 AML.

#### 4. Fokus und Entscheidung des MOFCOM

Die Prüfung hat ihren Fokus vor allem auf einer möglichen horizontalen Überschneidung der Geschäftsbereiche der Beteiligten (z.B. im Fall Sanyo/Panasonic). Liegt ein hoher Grad der Überschneidung vor, d.h. bieten die beiden Beteiligten beispielsweise eine Produktpalette mit weitestgehend artverwandten Produkten an, so müssen gute Argumente vorgebracht werden, um die Vermutung einer möglichen einseitigen Preiserhöhung oder Angebotsverknappung zu widerlegen und so zu vermeiden, dass die Genehmigung an Bedingungen geknüpft wird. Gelingt dies nicht, so kommen Verkaufsverbote für einzelne Produkte (Novartis/Alcon), angeordnete Deinvestitionen oder Akquisitionsverbote für bestimmte Sektoren in Frage. In Einzelfällen hat das MOFCOM sogar Beschränkungen im Hinblick auf organisches Wachstum auferlegt (z.B. im Fall Mitsubishi/Rayon).

Ein zweiter Schwerpunkt der Prüfung liegt auf dem möglichen Vorliegen vertikaler Konzentrationen, das heisst, dass die Produkte der Beteiligten zwar untereinander nicht substituierbar sind, aber dafür zueinander komplementär (z.B. im Fall Coca Cola/Huiyuan).

Ein dritter Schwerpunkt der Prüfung liegt auf möglichen künftigen Konzentrationen. Ist der Markt dergestalt, dass die erste Konzentration per se noch keine negativen Auswirkungen darauf hat, aber eine künftige Konzentration mit einem der übrigen Marktteilnehmer solche Auswirkungen haben würde, so kann bereits die erste dieser Konzentrationen mit Auflagen versehen werden, die sich auf die mögliche künftige beziehen (so geschehen z.B. im Fall InBev/Anheuser).

Vorangegangenen Entscheidungen, die eine Konzentration zum Gegenstand hatten, die auch nicht-chinesische Beteiligte betraf, legen den Schluss nahe, dass diese Entscheidungen meist nicht gänzlich unbeeinflusst blieben von wirtschaftspolitischen, um nicht zu sagen protektionistischen Überlegungen (z.B. Coca Cola/Huiyuan).

Das MOFCOM kann die Konzentration unbedingt oder bedingt (s.o.) zulassen oder ganz verbieten. Wird eine Konzentration zwar als wettbewerbsbeschränkend eingestuft, werden ihr jedoch gleichzeitig überwiegend positive Auswirkungen auf den Wettbewerb oder das öffentliche Interesse zugeschrieben, so kann die Konzentration dennoch zugelassen werden. Eine Entscheidung des MOFCOM kann zuerst auf Verwaltungsebene und schliesslich auch vor Gericht angefochten werden.

## 5. Folgen unterlassener Meldung trotz Vorliegen meldepflichtiger Konzentration

Das MOFCOM kann bei Vorliegen eines Verdachts auf eine pflichtwidrig unterlassene Meldung einer Konzentration eine Untersuchung anordnen. Nach Anzeige haben die Beteiligten 30 Tage Zeit darzulegen, weshalb aus ihrer Sicht keine meldepflichtige Konzentration vorliegt. Daraufhin muss das MOFCOM innerhalb von 60 Tagen eine vorläufige Entscheidung fällen. Fällt diese negativ für die Beteiligten aus, so können sich diese nochmals äussern, müssen aber die Umsetzung der Konzentration sistieren. Innerhalb des darauffolgenden halben Jahres wird dann eine definitive Entscheidung gefällt. Während dieser Zeit wird die Sistierung aufrecht erhalten. Diese bis zu max. 300 Tagen betragende Verzögerung der Umsetzung der Konzentration stellt für die Beteiligten meist eine grössere finanzielle Gefahr dar als mögliche zu erwartende Bussgelder. Diese Strafzahlungen können bis zu RMB 500'000 betragen (ca. CHF 75'000 Stand Januar 2012). Zusätzlich kann bei entsprechender negativer Endentscheidung die Wiederherstellung des vorherigen Zustandes mittels verschiedener Massnahmen verlangt werden.

## 6. Statistische Daten

Seit Erlass des AML ist die Anzahl geprüfter Konzentrationen stark angestiegen. So wurden im Jahr 2009, dem ersten vollen Jahr nach Inkrafttreten des Gesetzes, 79 Fälle geprüft, wovon vier unter Bedingungen zugelassen wurden und nur einer gar nicht. 2010 stieg die Gesamtzahl auf 117, wovon eine Konzentration nur unter Bedingungen zugelassen wurde. Im August 2011 wurden bereits 142 Konzentrationen angemeldet. Es wird für 2011 mit etwa 200 Fällen gerechnet (Stand Dezember 2011).

---

### **DISCLAIMER**

*This publication is not intended to provide accurate information in regard to the subject matter covered. Readers entering into transaction on the basis of such information should seek additional, in-depth services of a competent professional advisor. Eiger Law, the author, consultant or general editor of this publication expressly disclaim all and any liability and responsibility to any person, whether a future client or mere reader of this publication or not, in respect of anything and of the consequences of anything, done or omitted to be done by any such person in reliance, whether wholly or partially, upon the whole or any part of the contents of this publication.*