

备忘录

日期： 2019 年 12 月 6 日

致： 大联大投资控股股份有限公司

自： 北京瑞栢律师事务所

主题： 拟议收购是否导致目标公司控制权变更并进而被认定为构成中国反垄断法下的经营者集中

本法律备忘录系北京瑞栢律师事务所（以下简称“瑞栢”或“本所”）针对个案作出，仅用于协助大联大投资控股股份有限公司（以下简称“大联大”或“贵公司”）评估其拟议非合意公开收购文晔科技股份有限公司（以下简称“目标公司”）不超过30%的股权（以下简称“拟议收购”）是否导致目标公司控制权变更并进而被认定为构成《中华人民共和国反垄断法》（以下简称“《反垄断法》”）下的经营者集中，请勿将本备忘录用于其它用途。本备忘录中所包含的法律意见应予以保密，除向贵公司为拟议收购所委任之顾问披露外或经主管机关要求披露（包括公开披露）的情形外，不能亦不应向任何第三方披露或做片面的引述。

本备忘录为本所根据中国现行有效的法律法规、公开信息及贵公司与贵公司所委任之台湾法律顾问普华商务法律事务所（以下简称“台湾法律顾问”）提供的相关事实作出。本所不对贵公司及台湾法律顾问提供的相关事实的真实性和完整性负责，亦不对因贵公司及台湾法律顾问提供的相关事实不真实或不完整而导致的本备忘录中的任何错误或不完整表述负责。瑞栢无义务就本备忘录出具之日后发生的相关法律、法规之变化告知贵公司，但建议贵公司在知悉相关规定发生变化时应及时延聘法律专业人士对本备忘录的分析和结论再做评估。

一. 背景情况

贵公司委聘瑞栢对拟议收购是否导致目标公司控制权变更并进而被认定为构成中国《反垄断法》下的经营者集中进行评估。本备忘录所提供的评估意见系基于贵公司¹及台湾法律顾问²提供的以下信息作出：

1. **拟议收购目标公司股份数。**目标公司系台湾上市公司，大联大计划收购目标公司不超过 30%的股份，在完成收购后将成为目标公司的单一最大股东。根据目标公司 2018 年年报、目标公司公开观测信息站 2018 年及 2019 年 10 月内部人持股申报信息所载，目标公司董事长郑文宗先生及其配偶许文红女士及其控制的文友投资股份有限公司、绍阳投资有限公司及唐业投资股份有限公司可控制股权合计为目标公司已发行的 8.53%。另依据台湾金融监督管理委员会 2019 年 11 月 27 日金管证交字第 1080339282 函询内容，目标公司全体董事及关系人持股略高于 10%，前十大股东之合计持股比例为 24.4%。此外，目标公司董事长已公开宣示绝不退让经营权，且目标公司董事会于 2019 年 11 月 22 日经全体董事出席并同意建议股东不应卖，故可合理推测目标公司全体董事及其关系人将不会出售其股份，故若大联大公司收购至目标公司 30%之股权，其中应大概率不包含目标公司全体董事及其关系人之持股。
2. **拟议收购目的和计划。**贵公司已在具有法律约束力的《公开收购说明书》中明确以下收购目的和计划：第一，本次拟议收购系以财务性投资着眼，大联大认为从目标公司的历史财务收益绩效来看，预期可为大联大带来合理的投资收益回报；第二，大联大目前无意通过拟议收购介入目标公司的经营决策和业务计划，亦无意主动促使目标公司产生下市、解散、组织架构、资本、业务、财务、生产、人事（含董事、监事、管理层和员工）等重大变动；第三，拟议收购完成后，大联大与目标公司仍将维持各自独立运作；第四，拟议收购完成后，在目标公司本届董事任期内，大联大将独立行使股东权，不与任何第三方共同召集股东会或就行使表决权达成任何协议；第五，拟议收购完成后，在目标公司本届董事任期内，目标公司依法召集之股东会，大联大均将依通知出席并参与表决，且大联大不会向其

¹ 本备忘录依据大联大 2019 年 12 月 4 日修订的《公开收购说明书》。

² 本备忘录依据台湾法律顾问提供的股权数据分析，以及台湾法律顾问提供的信息和意见中由普华商务法律事务所 2019 年 11 月 11 日提供的备忘录（字號：普第 19008963 號）。

他股东征求任何委托书，从而获得超过其持股比例所对应的表决权；第六，拟议收购完成后，在目标公司本届董事任期内，大联大计划维持对目标公司不高于 30% 的持股份额，不再在资本市场进一步收购目标公司股份；第七，在目标公司本届董事任期内，大联大将不会提名或参选目标公司董事。上述陈述如有虚假或隐匿情形的，大联大将受到台湾证券监管部门的调查和处罚。此外，根据台湾《证券交易法》第四十三条之一第一项及《企业并购法》第二十七条第十四项之规定，初次取得台湾上市企业超过 10% 股份的，应向台湾金融监督管理委员会证券期货局提交《初次取得股份应行申报事项申报书》。贵公司将在该申报书“主旨”栏中勾选“依證券交易法第四十三條之一第一項及「證券交易法第四十三條之一第一項取得股份申報辦法」辦理申報”而非“為併購目的取得公開發行公司股份，併同依企業併購法第二十七條第十四項規定辦理申報”，以表明拟议交易并不以取得目标公司控制权为交易目的。

3. **目标公司现有董事会的组成及收购完成后可能的改选情况。**目标公司董事会目前由 7 名董事组成，独立董事为三席，董事长及其家族亦有三席。目标公司现有董事会成员中不存在受大联大或其关联公司直接或间接控制或与大联大有任何其他关联的董事。即使拟议收购完成后，大联大亦无计划促使目标公司董事发生变动。同时，台湾法律顾问依据台湾相关规定提供的专业意见表明，即使大联大有意通过拟议收购取得目标公司董事会席位，其亦无法于完成收购目标公司股份时即刻取得任何该等董事席位，因为其尚非持有目标公司已发行股份总数过半数之股东，无权自行召集股东临时会；再者，大联大若希望通过改选董事以获得目标公司董事席位，最快亦需于 2020 年约 5、6 月左右在目标公司股东常会前通过行使股东提案权提出全面改选董事议案，且因目标公司采取董事候选人提名制度，大联大可能仍须促使目标公司再行召开股东临时会进行改选事宜。但若存在目标公司管理层拒不配合将全面改选董事提案列入股东常会议案等阻碍因素，大联大仅可于 2021 年 5、6 月左右在目标公司股东常会前再次通过行使股东提案权提出全面改选董事议案，且同样可能存在上述阻碍因素。除此之外，大联大仅可于 2022 年现有董事任期届满时方能通过行使股东提名权提出董事候选人名单以取得并掌控董事会席位。

4. **目标公司董事会决议机制。**目标公司董事会之决议，除台湾公司法另有规定外，应由过半数董事之出席及出席董事过半数之同意。对于法定重大事项，应由三分之二以上董事之出席。
5. **目标公司股东会决议机制及历史出席率。**目标公司股东会之普通决议，应由代表已发行股份总数过半数股东之出席，以出席股东表决权过半数之同意；特别决议，应由代表已发行股份总数 2/3 以上的股东之出席，以出席股东表决权过半数之同意，或应由代表已发行股份总数过半数的股东之出席，以出席股东表决权 2/3 以上之同意。每股有一表决权。依据目标公司历史股东会信息，其近七年（即 2013 年至 2019 年）股东常会实际出席率分别为 74.85%、65.71%、77.94%、77.12%、81.5%、74.88%及 73.57%；，且其议案之赞成通过比例亦有 87%-91%。在目标公司最近五年内两次的董事、监事改选中，董事会所提名的董监事人选均获出席股东七成至八成投票表决通过。拟议收购完成后，大联大将依通知参加目标公司依法召集的股东会并依法依规参与表决。
6. **无关于拟议收购的特别协议。**近两年内，就拟议收购而言，大联大及其关联公司与目标公司、目标公司已发行股份总额百分之十的股东或特定股东、目标公司的董事、监事和高级管理人员或目标公司的关联公司之间不存在任何与拟议收购有关的协议或约定。此外，大联大与目标公司不存在重大商业合作关系，亦未签署任何合作协议。本次拟议收购前大联大也未与目标公司之股东、董事或其他经理人达成任何协议。
7. **无一致行动人。**本次拟议收购完成后，大联大与目标公司其他前十大股东不会存在委托行使投票权、一致行动等关系；大联大与目标公司董事亦不会存在委托行使投票权、一致行动等关系。

二. 关于拟议收购是否构成中国大陆反垄断法下经营者集中的分析

1. 《反垄断法》下的经营者集中

就判断拟议收购是否构成经营者集中而言，《反垄断法》第 20 条规定了三种应被视为“经营者集中”的情形：（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。因此，就本次拟议收购，判断大联大是否通过收购目标公司的部分股权取得对目标公司的控制权是判断拟议收购是否构成“经营者集中”的关键。

不同于公司法上对“控制”的一般判断，反垄断法下对“控制”的判断外沿更为宽泛。中国《反垄断法》的配套规定《关于经营者集中申报的指导意见》第三条明确规定经营者集中所指的控制权，包括单独控制权和共同控制权。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（控制权和决定性影响以下统称为“控制权”），取决于大量法律和事实因素。集中协议和其他经营者的章程是重要判断依据，但不是唯一的依据。虽然从集中协议和章程中无法判断取得控制权，但由于其他股权分散等原因，实际上赋予了该经营者事实上的控制权，也属于经营者集中所指的控制权取得。判断经营者是否通过交易取得其他经营者的控制权，通常考虑包括但不限于下列因素：

- (1) 交易的目的是未来的计划；
- (2) 交易前后其他经营者的股权结构及其变化；
- (3) 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；
- (4) 其他经营者董事会或监事会的组成及其表决机制；
- (5) 其他经营者高级管理人员的任免等；
- (6) 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；
- (7) 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，中国商务部（2018年中国政府机构改革后反垄断监管职能统一归口于新组建的国家市场监督管理总局反垄断局³）于2017年发布的《经营者集中审查办法（修订草案征求意见稿）》进一步为控制权的判断提供了指引。该征求意见稿第六条指出确定经营者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，应当考虑经营者持有其他经营者的表决权或类似权益的情况，以及对其他经营者高级管理人员任免、财务预算、经营计划等经营决策和管理的影响。

³ 反垄断局官网请参见 <http://www.samr.gov.cn/fldj/>。最后访问日期 2019 年 11 月 21 日。

综上，判断拟议收购是否构成“经营者集中”即需判断大联大是否通过拟议收购获得了对目标公司经营决策（包括但不限于经营计划、财务预算、高管任免等）的控制权。控制权包括积极的控制权，即确保通过某项决议的能力；也包括消极的控制权，即阻止某项决议通过的能力。

2. 对拟议收购的具体分析

(1) 拟议收购的目的和未来的计划。

根据大联大提供之信息，本次拟议收购系以财务性投资着眼，并不以取得目标公司控制权为交易目的，大联大无意通过拟议收购介入目标公司的经营决策和业务计划，亦无意主动促使目标公司产生组织架构、资本、业务、财务、生产、人事等重大变动；并且，收购完成后，大联大与目标公司仍将维持各自独立运作。大联大无对目标公司董事、监察人、经理人及员工进行职位变动、退休及资遣的计划。

(2) 董事会组成及表决机制。

根据贵公司及台湾法律顾问提供的信息及公开信息，我们理解目标公司的董事会主要负责监督公司营运目标之达成及经营绩效之提升、提供经营团队策略指导并督导公司遵循各项法令⁴，掌握目标公司的经营决策，包括但不限于对经营计划、财务预算、财务会计主管任命等决策权。由于本次拟议收购为非合意收购，根据台湾法律顾问意见，无论大联大是否有意通过拟议收购取得目标公司董事会席位，其皆无法于完成收购目标公司股份后即刻取得目标公司的任何董事会席位。因此，大联大无法仅通过完成本次拟议收购对目标公司的董事会立刻取得控制，也即无法在董事会层面对目标公司的经营决策施加控制或决定性影响。

(3) 股东会组成及表决机制。

首先，在股东会层面，目标公司的股东会决策机制为：普通决议，由代表已发行股份总数过半数股东出席，以出席股东表决权过半数同意；特别决议，由代表已

⁴ 目标公司的董事会组织与职责参见 http://www.wtmec.com/WT/?page_id=2594&lang=zh-hans。最后访问日期 2019 年 11 月 21 日。

发行股份总数 2/3 以上的股东出席，以出席股东表决权过半数同意，或由代表已发行股份总数过半数的股东出席，以出席股东表决权 2/3 以上同意。根据大联大提供的信息，自 2013 年至今近七年来，目标公司股东会均有 74%-82% 的出席率，且其议案的赞成通过比例几乎均有 87%-91%。虽然目标公司股权结构分散，前十大股东合计持股比例为 24.4%，但是基于以上股东会决议机制、历史出席情况以及历史表决情况，大联大难以在仅取得目标公司最高不超过 30% 股份的前提下，通过促使股东会议案的通过而对目标公司施加积极的控制力，也难以通过阻止股东会议案的通过而取得对目标公司的消极控制权。

其次，根据台湾法律顾问提供的意见，依据台湾公司法相关规定，大联大作为持股未过半的股东无法自行召集股东临时会，而须以继续持股一年以上为前提或以董事会不为或不能召集股东会（通常为每年度终了后 6 个月内，即每年 6 月 30 日前必须召集之股东常会）为理由在取得台湾经济部的许可后方能自行召集股东临时会。

再次，我们特别注意到，在目标公司最近五年内发生的两次董监事改选中，董事会所提名的董监人选均获出席股东七成至八成投票表决通过。考虑到目标公司管理层（董事长郑文宗先生及其配偶许文红女士）仅持有目标公司 8%-9% 的股份，但股东会历史出席率却高达 74%-82%，且董事会向股东会提交的议案均获高票通过。这在相当程度上表明目标公司股东对目标公司管理团队的支持，及目标公司管理团队征求股东投票委托书的能力。

(4) 协议安排。

除拟议收购之外，大联大将不会通过与目标公司或其股东、董事、高级管理人员达成特别协议以获得对目标公司的控制。大联大与目标公司不存在重大商业合作关系，亦未签署任何合作协议；大联大也未与目标公司之股东、董事或其他经理人达成任何协议。本次拟议收购完成后，大联大将独立行使其股东权利，与目标公司其他前十大股东不会存在委托行使投票权、一致行动等关系，大联大与目标公司董事亦不会存在委托行使投票权、一致行动等关系。

(5) 公开声明

贵公司已于《公开收购说明书》中明确贵公司本次收购为财务性投资之立场，并就公司重大事项决策、重大计划、股权增购、重大商业合作、一致行动关系、董事提名和参选等事项做出说明和承诺；该陈述和声明如有虚假或隐匿情形的，大联大将受到台湾证券监管部门的调查并承担相应法律责任。

综上，本所初步认为，大联大难以仅凭拟议收购即刻取得对目标公司的控制权，即拟议收购暂难以构成《反垄断法》下的经营者集中。

三. 初步结论及风险提示

我们初步认为，综合考量当前目标公司的股权结构、股东会和董事会的表决机制及其历史出席率和表决情况，台湾公司法等相关规定对股东会召集和董事会决策之程序规定，以及大联大对拟议收购的目的和计划，以及公司做出的具有法律效力的公开收购说明书，贵公司对目标公司不超过 30% 份额的拟议收购在一定时期内暂难以使大联大获得对目标公司的控制权，因此，拟议收购在现阶段被认定为构成中国《反垄断法》下的经营者集中的可能性相对较小，且贵司存在一定抗辩空间。但稳妥起见，一旦大联大改变计划、有意在拟议收购完成后通过股东会改选指派代表担任目标公司董事和/或增持大联大在目标公司中的股份，我们仍建议大联大应及时对董事会、股东会的组成情况、大联大所占席位等情况并结合历史出席率和表决记录等因素再进行分析，以判断大联大是否因此获得了对目标公司的控制权以及是否需要经营者集中反垄断申报；此外，大联大还应及时关注其他因素变化导致形成对目标公司控制权的可能性。

中国反垄断主管机关有权依据《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》对未依法申报而实施集中的经营者处人民币 50 万元以下的罚款，并可责令被调查的经营者采取包括停止实施集中、限期处分股份或资产、限期转让营业等必要措施以恢复到集中前的状态。近年来，反垄断主管机关对未依法申报的交易查处日趋频繁，仅 2019 年 6 月份以来已有近 10 起处罚案例。

此外，值得注意的是，即使拟议收购未达到申报标准，中国反垄断执法机构仍有权根据《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第四条的规定对虽未达到申报标准，但有事实和证据表明具有或者可能具有排除、限制竞争效果的交易主动发起调查。考虑到本次拟议收购为非合意收购且收购方与目标公司为同业竞争者，半导体行业又为国内敏感行业，不排除反垄断主管机关因目标公司及其现有股东以及竞

争对手的举报而依职权对拟议收购发起调查的可能性。因此，我们建议大联大密切关注监管和市场动态，谨慎合理、依法合规应对目标公司或其他利益相关方就拟议收购向反垄断主管机关提起异议或进行举报，从而导致反垄断主管机关发起的调查。

