



2021 反垄断—— 继往开来，构筑新格局

金杜律师事务所
KING&WOOD
MALLESONS

2021 反垄断 ——继往开来， 构筑新格局

声明：

本资料不代表金杜律师事务所对有关法律问题的法律意见。任何仅仅依照本资料的全部或部分内容而做出的作为和不作为决定及因此造成的后果由行为人自行负责。如您需要法律意见或其他专家意见，应该向具有相关资格的专业人士寻求专业的法律帮助。

本资料中，凡提及“香港”、“澳门”、“台湾”，将分别被诠释为“中国香港特别行政区”、“中国澳门特别行政区”、“中国台湾地区”。

版权声明：

© 金杜律师事务所 2022 年版权所有

画作：Tillian Reeves 《洪流》

金杜律师事务所保留对本资料的所有权利。未经金杜律师事务所书面许可，任何人不得以任何形式或通过任何方式（手写、电子或机械的方式，包括通过复印、录音、录音笔或信息收集系统）复制本资料任何受版权保护的内容。

有关本资料的咨询及意见和建议，请联系：

publication@cn.kwm.com

序言

2021年3月，全国“两会”上的《政府工作报告》强调要强化反垄断和防止资本无序扩张，坚决维护公平竞争市场环境。2021年8月30日，中央全面深化改革委员会第二十一次会议审议通过《关于强化反垄断深入推进公平竞争政策实施的意见》。强化反垄断、促进竞争创新已经得到党和国家的高度重视，成为完善社会主义市场经济体制、推动市场经济高质量发展的内在要求。

在国家持续强化反垄断和防止资本无序扩张的背景下，2021年见证了中国反垄断的一路高歌猛进：年初，《关于平台经济领域的反垄断指南》正式拉开了对平台企业反垄断监管的大幕；年中，《反垄断法（修正草案）》公布，始于2008年的反垄断法迎来首次大修，引发各界广泛关注；年末，国家反垄断局正式成立，中国反垄断执法体制迎来重大改革，反垄断执法再迈新台阶。此外，贯穿2021年的还有《关于原料药领域的反垄断指南》《企业境外反垄断合规指引》及各地地方性合规指引的相继出台；以及继汽车、医药、公用事业等领域的垄断协议外，执法机关对经营者集中应报未报、平台企业“二选一”等的重点关注。一切变化，无不表明反垄断强监管时代已到来。对企业而言，反垄断合规已如箭在弦，迫在眉睫。

作为中国最早提供反垄断相关咨询服务的律所之一，金杜反垄断团队自设立以来，一直积极跟踪市场变化发展，深入参与中国《反垄断法》和诸多配套法规的起草、修订及出台过程，始终致力于为企业客户提供全面、深入的法律服务，为市场经济的竞争创新、有序发展贡献力量。本次呈现给大家的这本《2021 反垄断——继往开来，构筑新格局》，是金杜反垄断团队基于多年来服务客户的经验而形成的法律成果之一，其中包含了反垄断法修订、平台经济领域及原料药领域反垄断合规、经营者集中应报未报等2021年反垄断发展中的重点与热点。金杜反垄断团队希望本资料可协助客户更有序地应对日趋严峻的反垄断法律环境。



宁宣凤

合规业务部
高级合伙人

目录

中国反垄断 2021：回顾与展望

回顾中国反垄断 2021：凝练规律，把握脉搏 005

2021，中国反垄断开启平台经济执法元年 024

立法动态

只待新雷第一声——《反垄断法（修订草案）》经营者集中申报变动详解 050

随世而制——《反垄断法（修正草案）》垄断协议变动详解 058

洞悉变化，看明趋势——解读《反垄断法（修正草案）》 068

辨析修订，再划重点——《平台经济反垄断指南》解读 076

《关于平台经济领域的反垄断指南》十大亮点解读 081

原料药领域反垄断的“诊”与“治”——《关于原料药领域的反垄断指南》重点解读 087

平台经济反垄断

平台经济领域反垄断合规锦囊 094

从反垄断热议案例，看平台经济领域反垄断合规监管新态势 098

知微见著平台领域反垄断规制的趋势——相关市场界定和市场支配地位认定 102

知微见著平台领域反垄断规制的趋势——滥用市场支配地位篇 106

知微见著平台领域反垄断规制的趋势——自我优待的前世今生 109

知微见著平台领域反垄断规制的趋势——解读数据垄断之框架篇 115

经营者集中申报

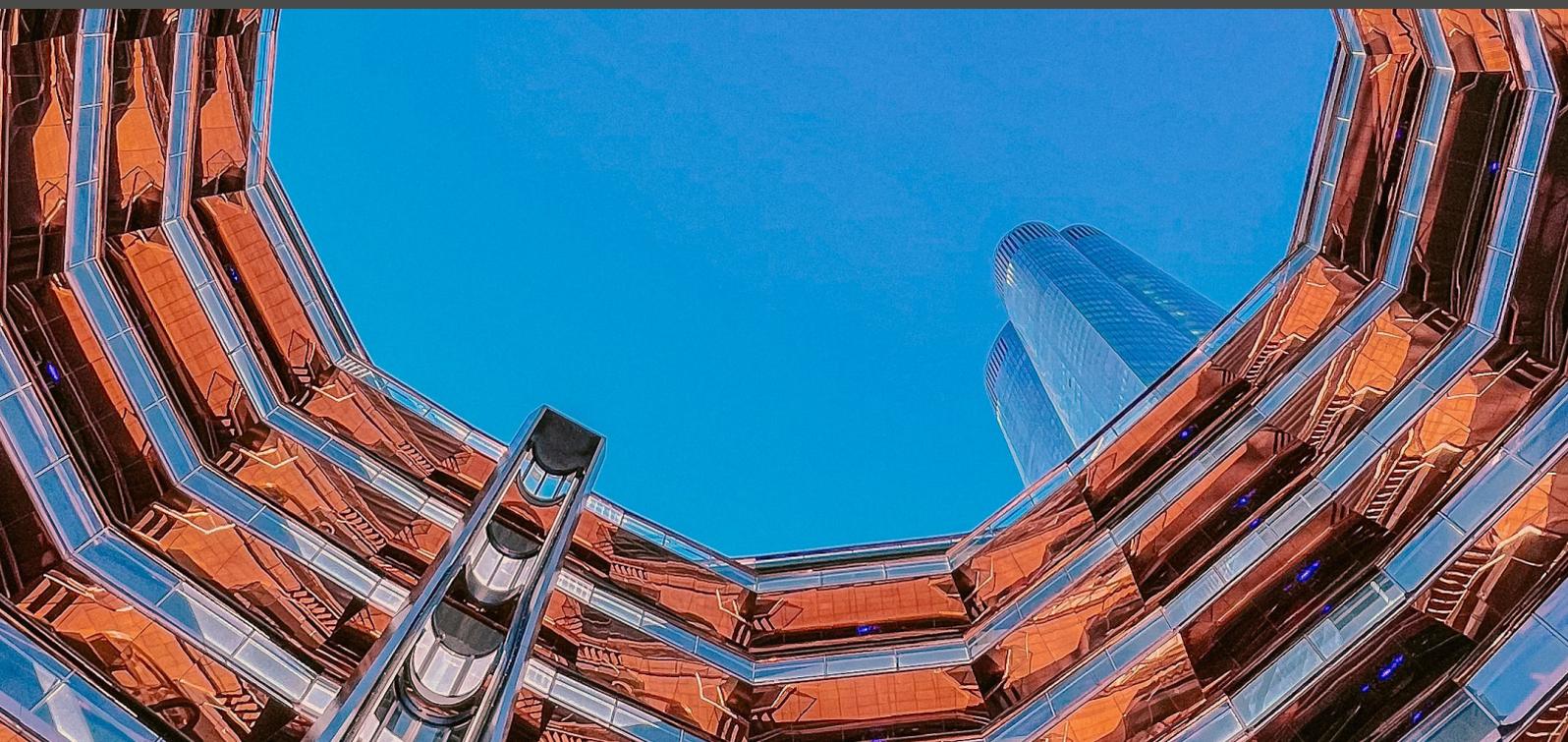
应报未报处罚重锤落下前企业不可不知的申报那些事 121

从反垄断新年首罚看少数股权投资中的经营者集中常见风险 128

境外反垄断合规

企业境外经营之保驾护航——《企业境外反垄断合规指引》解读 133

中国反垄断 2021： 回顾与展望



回顾中国反垄断 2021： 凝练规律，把握脉搏

宁宣凤 柴志峰 张若寒

前言

岁月不居，时节如流，《反垄断法》自 2008 年 8 月实施以来，已经悄然走入第十五个年头。2021 年，在全球疫情波谲云诡、经济增长持续承压的时代浪潮中，中国反垄断一路高歌猛进，数次登上经济社会发展的“热搜”，甚至许多人将其称为“反垄断元年”。

在此，我们梳理了 2021 年的重大反垄断事件，并希望透过事件洞悉原理，凝练规律，把握反垄断发展演进的脉搏。

概览：中国 2021 年反垄断大事记

（一）机构改革

自 2020 年底中央经济工作会议明确将“强化反垄断和防止资本无序扩张”作为重点任务以来，中国反垄断正式进入“强监管时代”。配合反垄断强监管的态势，反垄断监管力量不断充实。2021 年 11 月 18 日，国家市场监督管理总局加挂“国家反垄断局”牌子，设立竞争政策协调司、反垄断执法一司、反垄断执法二司，并组建竞争政策与大数据中心，强化理论研究和技术监督。至此，国家反垄断局正式成立。

在中央持续发出反垄断信号的背景下，反垄断各领域实践乘风破浪，立法和执法进程尤为瞩目。

（二）立法摘要

回顾 2021 年，反垄断立法领域共出台了 1 部法律修正案，1 部部门规章，4 部规范性文件和多部地方性合规指引，具体而言：

2021年10月23日全国人大常委会公布了《中华人民共和国反垄断法（修正草案）》（“《反垄断法（修正草案）》”），并广泛征求意见。《反垄断法（修正草案）》在设立公平竞争审查制度、明确垄断协议范围和认定标准、进一步规制数字经济领域滥用行为，以及提升经营者集中申报罚则等多个层面提出了一系列新规则。

国家市场监管总局、商务部等发布《公平竞争审查制度实施细则》，聚焦行政垄断，增强了公平竞争审查制度的可操作性和可预期性，确保政府出台的措施满足公平竞争的要求，为经营者提供权利保护，维护其参与市场公平竞争的合法权益。

国务院反垄断委员会以及国家市场监管总局等部门发布《经营者反垄断合规指南》和《企业境外反垄断合规指引》（“《境外合规指引》”），为企业反垄断合规工作开展提供一般性指引；出台《关于平台经济领域的反垄断指南》（“《平台经济领域指南》”）和《关于原料药领域的反垄断指南》（“《原料药领域指南》”），结合互联网行业和原料药行业发展状况、发展规律和自身特点，在未突破现行反垄断法律框架下，为相关行业企业提供具体指引。

继上海市于2020年发布《上海市地方标准——经营者竞争合规指南》后，2021年各地方监管机构根据各地执法经验和特点，陆续发布了地方性的反垄断合规指南。例如2021年5月湖南省发布《湖南省经营者反垄断合规指引》，8月天津市和浙江省先后发布《天津市经营者反垄断合规指引》和《浙江省平台企业竞争合规指引》，9月江苏省发布《江苏省经营者反垄断合规指引》，12月北京市发布《北京市平台经济领域反垄断合规指引》等，为企业发现自身反垄断风险、优化合规体系提出指引性规定。

（三）执法动态¹

• 对滥用案件的调查

2021年国家市场监管总局共对10起涉及滥用市场支配地位案件发布行政处罚，主要集中在互联网平台，处罚力度空前加大。对平台经济领域的监管风暴已经充分表明反垄断在重点领域的强监管周期到来。在平台经济领域的反垄断调查中，针对引发社会关注“二选一”的行为，我国反垄断执法机构对两家外卖平台进行相应的行政处罚；查处涉及平台经济领域的违法实施经营者集中案件共85起，处罚金额达到5850万元，包括对1起对中国网络音乐播放平台违法实施经营者集中做出的行政处罚，该案系首次全面适用现行《反垄断法》第48条规定，被要求“恢复相关市场竞争状态”。

• 对垄断协议的调查

根据国家市场监管总局发布的案件统计，2021年因垄断协议被处罚案件共计9起，涉及医药、物流、建材、公用事业等领域。其中，7起涉及横向垄断协议，2起涉及纵向垄断协议，且均为转售价格维持。

• 对应报未报案件的查处

在对违法实施经营者集中案件的调查处理上，根据国家市场监管总局发布的案件统计，2021年累计处罚94起“应报未报”案件，除了平台经济领域重灾区外，还集中在汽车、医药和公共事

¹ 本文的2021年反垄断行政处罚案件数量基于反垄断执法机构截至2021年12月31日公布、且于2021年内结案的垄断案件行政处罚决定书进行统计，不包括反垄断执法机构2021年公布的于2020年办结的案件，也不包括滥用行政权力排除、限制竞争案件。

业等与民生相关的领域。在处罚金额的分布上，大部分案件已经适用五十万元的顶格处罚，查处力度空前增大。

- **被禁止以及附条件的申报案件**

截至 2021 年 12 月 31 日，国家市场监督管理总局总计审结经营者集中案件 705 起，相较于前两年，经营者集中申报案件的数量大幅提升。其中，无条件批准经营者集中案件 700 起；附加限制性条件批准经营者集中案件 4 起；禁止经营者集中案件 1 起。

一、《反垄断法（修正草案）》要点解读

第十三届全国人大常委会第三十一次会议对《反垄断法（修正草案）》进行了审议，并于 2021 年 10 月 23 日公布，再次向社会广泛征求意见。

（一）垄断行为

垄断协议的定义在《反垄断法（修正草案）》中提至第二章垄断协议开篇之首进行单独规定，从体例上明确了垄断协议的定义同样适用于横向和纵向垄断协议，解决了实务中对垄断协议定义如何适用的问题。

横向和纵向垄断协议本身未做修改，但针对纵向垄断协议，新增抗辩理由的规定，明确当经营者能够证明其实施的固定转售价格或限定最低转售价格行为不具有排除、限制竞争的效果时，该等行为不被禁止。该新增的抗辩理由与垄断协议的定义或构成要件相统一。垄断协议的构成要件之一是具有排除、限制竞争的效果，而在纵向垄断协议条款中特别强调，如果不具有排除、限制竞争效果的，则不予禁止。换言之，固定转售价格或限定最低转售价格行为今后可能将不会被直接认定为是违法行为，而要增加分析相关行为是否排除、限制竞争。这一新修有望解决反垄断行政执法和司法在实践中的长期分歧。

更为重要的是，《反垄断法（修正草案）》创设垄断协议“安全港”规则，即：经营者若能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准（“市场份额标准”），则不适用《反垄断法（修正草案）》有关垄断协议的禁止性规定，但有证据证明其达成的协议排除、限制竞争的除外。

2019 年年初，国家市场监督管理总局公布的《禁止垄断协议行为的规定（征求意见稿）》² 规定具有竞争关系的经营者在相关市场中份额合计不超过 15%，以及经营者与交易相对人在相关市场的份额均不超过 25% 时，则可推定该经营者达成的垄断协议不会排除、限制竞争，但该规定未能在《禁止垄断协议暂行规定》正式颁布且生效稿中得以保留。2019 年生效的《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》（“《知产指南》”）³ 规定，若横向市场经营者的市场份额合计不超过 20%，纵向市场经营者在任一相关市场上的市场份额均不超过 30%，则该等主体达成的知识产权协议将不被视为垄断协议，但该规定仅限于知识产权领域，缺乏普遍适用性，且《知产指南》不具有强制性法律约束力，仅作为行业合规或执法参考。此外，值得注意的是，《禁止垄断协议行为的规定（征求意见稿）》和《知产指南》中的“安全港”规则仅适用于“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”这一情况之下，而《反垄断法（修正草案）》将该规则的适用范围扩大到所有垄断协议，极大地扩充了其适用场景，且将“安全港”规则提升至法律层面。

² 参见：<http://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/201902/P020190103596624223444.pdf>。

³ 参见：http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202009/t20200918_321857.html。

虽然具体的市场份额标准尚待制定和公布，但这无疑将对企业经营带来深远影响，一些曾经违法的商业安排可能将获得合法地位。市场份额标准的高低决定了“安全港”规则的实际效用，在经济增速承压，而违法行为屡见不鲜的客观形势下，如何设置门槛，平衡效率与公平，是新法修订无法回避的问题。

（二）经营者集中申报

《反垄断法（修正草案）》新增经营者集中审查期限“停表”（stop-the-clock）制度，分别针对申报过程中常见的三种情形：“（1）经营者未按照规定提交文件、资料，导致审查工作无法进行；（2）出现对经营者集中审查具有重大影响的新情况、新事实，需要进行核实；（3）对经营者集中附加的限制性条件需要进一步评估，且经营者同意。”

针对第（1）种情况，其适用于简易审查程序的空间较小，因为通常情况下简易案件在立案之前就已开始实质性审查，并根据审案要求补充提供相关文件信息。正式立案以及公示后如未收到任何异议，则大范围要求提供补充文件信息的可能性较小。在普通审查程序下，如不存在竞争关注，目前规定的审查期限即使没有“停表”制度，也通常够用。该条款最有可能适用于在首次申报提交后，交易发生始料未及的问题，耽搁时间较长但不适合撤回申报，或是要求提交的文件、资料，申报方短时间难以提供的情况。此时，反垄断执法机构则可能启用“停表”制度“鞭策”申报方尽快按照要求提供文件、资料。

针对第（2）种情况，尽管实践中在申报过程中出现新情况、新事实并不常见，“停表”制度的引入将使得经营者不再需要撤回申报，待交易恢复正常后起算审查时限，审批时间的可预见性得到增强。相较于重新申报、重启时限，一定程度上减少了交易的不确定性。

针对第（3）种情况，在可能造成排除、限制竞争效果的经营者集中案件中，经营者需要就救济措施或承诺与反垄断监管机构反复磋商沟通，原先很多时候需要撤回再次申报。该条款的引入有望提高复杂案件的审查效率，减少不必要的程序性工作。

除“停表”制度以外，《反垄断法（修正草案）》还进一步明确：“未达到国务院规定的申报标准，但有证据证明该经营者集中具有或可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构应当依法进行调查”。不言而喻，这一监管规定直指近年来国内外频繁发生的“猎杀式收购”。部分互联网巨头依靠巨大的资金优势，大范围进行“猎杀式收购”，使得初创企业要么出众，要么出局，同时也容易形成赢者通吃的局面，最终导致部分行业或市场集中度很高，产生系统性竞争风险。目前，执法机构更多在出现违法行为的情况下进行事后监管，而《反垄断法（修正草案）》的这一新增，预示着执法机构可能会加强事前监管，防止通过集中扭曲市场竞争结构。值得注意的是，欧盟、美国等主要司法辖区也高度关注“猎杀式收购”，均在积极探索更新并购审查制度，以便允许执法机构提前介入。其中的经验教训，也会对我国未来的执法起到借鉴意义。

（三）法律责任

《反垄断法（修正草案）》另一重大修改之处在于完善了法律责任体系，针对执法中反映出的问题，大幅提高了相关违法行为的罚款数额，并首次增加了对达成垄断协议负有个人责任的经营者的法定代表人、主要责任人和直接责任人员的处罚规定，以及信用惩戒的规定。具体而言：

提高了现有罚款金额上限	<ul style="list-style-type: none"> • 达成但尚未实施垄断协议、行业协会组织本行业经营者达成垄断协议的罚款金额上限从 50 万元调整为 300 万元； • 不配合调查、抗拒执法的罚款金额上限从 100 万元（单位）和 10 万元（个人）调整为上一年度销售额 1%/500 万元（单位）和 50 万元（个人）； • 违法实施集中，但不具有排除、限制竞争效果的，罚款金额上限从 50 万元调整为 500 万元； • 违法实施集中，且具有排除、限制竞争效果的，罚款金额上限从 50 万元调整为上一年度销售额 10% 以下。
增加了信用惩戒	<ul style="list-style-type: none"> • 经营者因违反《反垄断法》受到行政处罚的，依照国家有关规定记入信用记录，对严重违法失信行为给予信用惩戒，并向社会公示。
增加了垄断协议的个人责任	<ul style="list-style-type: none"> • 经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员对达成垄断协议负有个人责任的，可以处 100 万元以下的罚款。
大幅增加严重违法行为的法律责任	<ul style="list-style-type: none"> • 针对“情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果”的情形，反垄断执法机构可处上述数额的 2 倍以上 5 倍以下罚款。

二、数字经济反垄断重拳频出

（一）“应报未报”执法力度空前加大，经营者集中申报评估不可或缺

关于平台企业违法实施经营者集中（应报未报）的案件，自 2020 年底至 2021 年底，国家市场监督管理总局共发布了 5 批依法查处的互联网领域违法实施经营者集中的案件（其中 2021 年 11 月 20 日发布的一批案件虽未明确强调互联网领域，但集中方均涉及互联网平台企业），其中发布于 2021 年度内的案件数量达到 84 起⁴。除此之外，国家市场监督管理总局于 2021 年 7 月 24 日发布的某国内大型互联网平台企业收购某音乐公司股权案不仅涉嫌违法实施经营者集中，且该交易对相关市场产生了排除、限制竞争效果，进而被要求采取救济措施以恢复相关市场的竞争状态。

• 罚款力度持续加大

在公布的 85 起平台领域“应报未报”案件中，反垄断执法机构对绝大多数的集中方都处以 50 万元的顶格罚款。考虑到最新公布的《反垄断法（修正草案）》将不具有排除、限制竞争效果的违法实施经营者集中的处罚金额上限提高至 500 万元，因此在其正式通过并实施以后，未依法申报的经营者集中案件处罚力度将大幅提升。

• 历史交易难以豁免

平台反垄断执法触角并未局限在近期发生的交易活动，而是延伸至过往的历史交易，多起较早前的历

⁴ 第一批：参见 https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202012/t20201214_324335.html；

第二批：2021 年 3 月 12 日市场监管总局依法对互联网领域十起违法实施经营者集中案作出行政处罚决定，参见 https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202103/t20210312_326737.html；

第三批：2021 年 4 月 30 日市场监管总局依法对互联网领域九起违法实施经营者集中案作出行政处罚决定，参见 https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202104/t20210430_328470.html；

第四批：2021 年 7 月 7 日市场监管总局依法对互联网领域二十二起违法实施经营者集中案作出行政处罚决定，参见 https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202107/t20210707_332396.html；

第五批：2021 年 11 月 20 日市场监管总局依法对四十三起未依法申报违法实施经营者集中案作出行政处罚决定，参见 https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202111/t20211119_337049.html。

史交易也在处罚名单之列。尽管《中华人民共和国立法法》从基本法的层面规定了“从旧兼从轻”原则，但违法实施经营者集中属于“连续性违法行为”，在《反垄断法（修正草案）》生效后有关交易仍处于应报未报状态，因此难以适用“从旧兼从轻”原则，相关经营者或将受制于大幅提升的行政处罚。

- 传统行业与新兴领域均有涉及

从公布的未依法实施经营者集中案件可以窥见，平台企业生态布局涵盖传统行业和新兴领域。根据南都反垄断前沿课题组发布的《平台反垄断监管观察报告（2021）》，罚单数量居于前三位的互联网巨头均有不同的行业侧重，分别为：影音娱乐、电子商务、在线医疗、搜索引擎；矿产、乳业、酒业、零售业、新能源汽车、公交数据服务、汽车租赁⁵。除此之外，公布的处罚案件中首次涉及银行领域和在线教育业务。

（二）“二选一”迎来“紧箍咒”，滥用市场支配地位面临更强监管

关于平台企业滥用市场支配地位的案件，国家市场监督管理总局以及上海市市场监督管理局针对三起平台企业各自在中国境内网络零售平台服务市场、上海市提供英文服务的在线餐饮外送平台服务市场、中国境内网络餐饮外卖平台服务市场的支配地位进行“二选一”的行为开出巨额罚单，分别处以182.28亿元、116.86万元、34.42亿元的罚款。三份公布的处罚决定书均花费了较长篇幅对所涉的相关市场以及市场支配地位进行了详细论证，其中详细说明了线上平台服务与线下实体服务的替代关系问题以及平台所拥有的海量数据及先进算法等因素对其市场支配地位的影响，并基于此论证“二选一”行为所具有的排除、限制竞争的后果。特别值得一提的是在上海市市场监督管理局发布的处罚决定书借助经济学工具进行假定垄断者测试并运用临界损失分析法对市场交易数据进行了分析，统计数据和数理模型的运用有力彰显了反垄断执法的专业性和透明性。

- 线上平台区别于实体店构成独立的相关市场

对于平台企业所涉业务进行相关市场界定时，执法机构首先明确其双边市场特征，进而从平台双边用户进行替代性分析。具体而言，对于消费者而言，平台的使用场景、消费成本以及选择范围均与实体店有所不同，对于经营者而言，平台的覆盖范围和经营成本亦和实体店存在差异，因此应当构成独立的相关市场。值得注意的是，我国反垄断实践首次对于交易性双边市场或称撮合交易性平台均采用单市场界定法（single-market approach）界定出一个相关商品市场，亦和其他司法辖区的裁判案例一致。⁶

- 规则、技术、数据、算法强化平台市场支配地位

在认定了市场支配地位时，执法机构充分考虑了规则、技术、数据和算法等平台经济领域的特殊要素对其的影响。由于平台经营者可以通过制定规则、设定算法等方式决定平台内经营者的搜索排名、展示位置，因而可能被认定具有较强的市场控制力。此外，因平台具有很强的网络效应和锁定效应，使得消费者对其形成极强的粘性，所拥有的大量交易、物流、用户评价等数据对于平台内经营者亦难以迁移，因而也容易被认定其他经营者在交易上对其具有高度依赖性。

⁵ 黄慧诗：《平台反垄断年度盘点：92起案件、超217亿元罚单指向哪？》，载微信公众号“反垄断前沿”，2021年12月17日。

⁶ 参见美国最高法院判例 *Ohio v. American Express, Co.* 138 S.Ct. 2274 (2018)。在该案中，美国联邦最高法院多数大法官认为，考虑运通主要是促成两边参与方达成同步且一一对应的交易，因此应从两边需求者角度整体界定一个信用卡服务市场。

- “二选一”的行为内涵和竞争损害得到明确

此外，上述处罚案例对于“二选一”的行为内涵和竞争损害进行了明确。一方面，平台以协议和口头的方式要求核心商家禁止在其他竞争性平台开店或参加促销活动，可能构成直接的限定交易。另一方面，如果平台通过流量支持等激励性措施，以及搜索降权、减少平台资源支持等惩罚性措施，保证“二选一”的实施，也可能构成间接的限定交易。此外，在论述“二选一”行为损害平台内经营者利益以及消费者利益时，执法部门首次详细论述了反竞争行为对于平台经济创新发展的影响，即“二选一”行为阻碍生产要素在不同平台经营者间的自由流动，限制平台内经营者通过旗舰店、专营店等不同方式开展差异化经营，进而削弱平台经营者开展技术和商业模式创新的动力。

除《反垄断法》外，《反不正当竞争法》和《电子商务法》也对“二选一”问题有所涉及，目前已经公布了一批案例。法律基础不同，适用的门槛也有差异，法律后果也有区别，企业在评估“二选一”合法性时，需注意综合、全面。

（三）平台领域禁止集中案发布，数字经济并购交易引发高度关注

2021年7月10日，国家市场监督管理总局发布公告，认为某两家从事游戏直播业务公司的合并对中国境内游戏直播市场和网络游戏运营服务市场具有或者可能具有排除、限制竞争的效果，且申报方提交的承诺方案无法有效减少集中对竞争产生的不利影响，决定此项经营者集中。本案中，申报方于2020年11月16日提交材料，国家市场监督管理总局于2021年1月4日正式立案，于7月10日作出决定，实体审查耗时187日，期间经历了延长期限、提交承诺方案、撤回再报等复杂程序，清华大学法学院副教授张晨颖认为，此案审查时长体现经营者集中审查效率与审查效果兼顾的方针，即在短时间内完成审查工作的同时准确识别并控制可能产生竞争损害的经营者集中⁷。

本案同时涉及双方横向重叠的游戏直播市场，以及该互联网企业所在的上游网络游戏运营服务市场。

就横向市场而言，执法机构认为集中将强化集中后实体的市场支配地位，影响游戏直播行业的市场进入，并对消费者和游戏直播从业者造成不利影响。其中，在评估游戏直播市场的市场份额时，执法机构从营业额、活跃用户数以及直播资源三个维度进行了分析，充分体现《平台经济领域指南》第二十条第（一）款的相关内容，即“计算市场份额，除以营业额为指标外，还可以考虑采用交易金额、交易数量、活跃用户数、点击量、使用时长或者其他指标在相关市场所占比重”，并结合直播领域的特点将主播资源纳入市场份额认定之中。

就纵向市场而言，执法机构认为集中使该互联网企业在上游中国境内网络游戏运营服务市场和下游中国境内游戏直播市场产生双向封锁。具体而言，游戏直播系网络游戏的重要推广渠道，而网络运营商拥有的游戏著作权使用许可是开展游戏直播的关键，二者的用户高度重合且可以相互转化。考虑到集中后该互联网企业在网络游戏运营服务市场超40%的份额以及在游戏直播市场超60%的份额，执法机构认为集中后实体有能力实施网络游戏制作权许可封锁以及直播推广渠道封锁，因此对该项经营者集中予以禁止。

可以看出，该案虽然涉及数字经济领域，但最终被禁止实施集中，分析框架仍然没有离开反垄断基本思路，即使放在传统经济领域，也足以产生严重竞争关注。数字经济领域的并购审查，有新挑战，但也不必“谈虎色变”。

⁷ 参见张晨颖：《强化经营者集中反垄断审查 促进平台经济规范有序发展》，载微信公众号“市说新语”，2021年7月10日。

（四）“互联网平台反垄断诉讼第一案”打响，互联互通有望取得突破

2021年2月2日，某短视频公司对外发布声明称，其已在北京知识产权法院正式向国内某大型即时通讯软件运营商提起反垄断诉讼，声明认为该即时通讯软件对短视频公司产品的持续封禁和分享限制构成垄断行为，且对用户的头像、昵称等用户数据进行独占使用⁸。该即时通讯软件运营商则回应称，所称指控“纯属失实，系恶意诬陷”，且短视频公司违规获取用户信息、破坏平台规则⁹。2月7日，北京知识产权法院正式受理该案。

本案系国内首例发生于互联网平台之的反垄断诉讼，其中涉及用户数据权属、平台封禁与分享限制等关涉互联网平台生态的核心议题，其影响力丝毫不亚于当年的“3Q大战”。事实上2019年就曾发生过关于用户的头像和昵称的诉讼案件，原告提出多项诉求，其中一项是要求被告停止向用户推荐好友时使用来源于原告平台的用户头像和昵称，对此法院裁决认为，被告的行为超出授权登录的使用目的和使用规范，也没有获得用户的二次授权，“该行为既违反了其与平台之间的约定及有关法律对网络经营者所规定的保护个人信息的义务，也侵害了用户的选择权、知情权和隐私权等合法权益，不具有正当性。”¹⁰对比而言，本案的诉讼发生之时正值中央“强化反垄断与资本无序扩张”的监管态势，且《平台经济领域指南》以及《个人信息保护法》等相继出台，前者结合平台经济特点细化市场支配地位及滥用行为的认定规则，将平台规则、算法、技术等纳入考量因素，后者赋予个人信息主体权利，特别规定“个人信息转移权”。反垄断强监管的态势和多部新规的出台，给本案的审理又增加了许多未知因素。

2021年3月12日，该即时通讯软件运营商已正式向北京知识产权法院提出管辖权异议，申请将该案移送至深圳中院审理。但值得一提的是，9月份工信部召开“屏蔽网址链接问题行政指导会”对即时通信领域软件领域的屏蔽问题进行重点整治，以此约束平台无正当理由限制识别、解析、正常访问等严重影响用户体验的行为。随后不久，该短视频公司在11月12日发布商谈对等开放的说明，称其收到该即时通讯软件运营商创作服务平台的申请，希望将拥有的大量热门影视综的独家版权作品的二创短视频接入该短视频公司旗下的开发平台，该短视频公司亦表示其也多次申请该即时通讯软件运营商的开放平台恢复短视频公司旗下产品的分享、登录功能¹¹。无论本案最终以何种方式解决，平台经济领域的生态环境均会在一系列立法文件、司法裁判以及行政治理中得到重塑。

三、应报未报重锤落下

（一）案件数量大幅增加

2021年，反垄断执法机构依法查处并公开应报未报处罚案件共94例，达到历史的最高点。根据我们统计，2014年至今，反垄断执法机构公开的应报未报案件共计156例，而2021年的案件数量在公布的总案件数中，占比高达60%。与上一年相比，2021年公布的应报未报案件数量是2020年的七倍之多。从这些数据中，足见反垄断执法机构继续加大对于违法实施集中案件的查处力度。

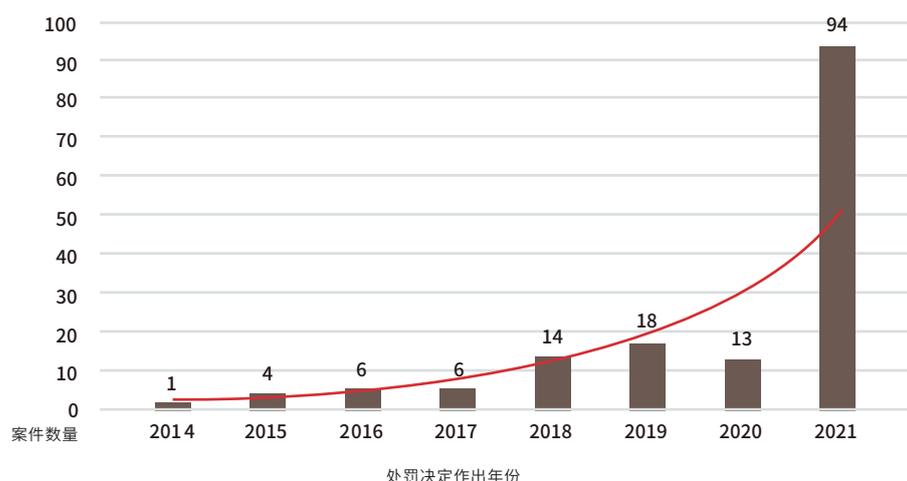
⁸ 参见 https://mp.weixin.qq.com/s/gP1oPRVpW6qD_dEGIKw3vQ。

⁹ 参见 <https://mp.weixin.qq.com/s/0ujgHBoZmIvPqzpP40t6DA>。

¹⁰ 天津市滨海新区人民法院(2019)津0116民初2091号民事裁定书。

¹¹ 参见 <https://mp.weixin.qq.com/s/CS-DhZ2A2huDPXEK1DwtVA>。

2014-2021 年应报未报处罚案件数量



（二）更普遍适用顶格罚款

2021 年，对于应报未报案件采取的处罚措施，反垄断执法仍以仅处以罚款为主，但相较以往更普遍适用 50 万元人民币的顶格罚款。自 2020 年起首次出现了顶格处罚案件后，反垄断执法机构在 2021 年公布的 94 例案件中，仅有 8 例处以 50 万元人民币以下的罚款，其余 86 例均处以 50 万元人民币的顶格罚款。

（三）首次适用“恢复原状”救济措施

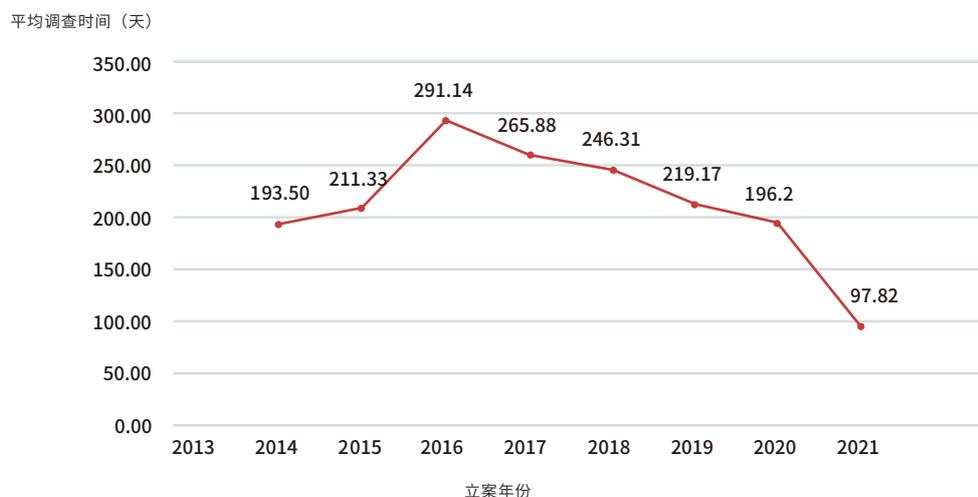
在 2021 年 7 月公布的一起对某互联网平台股权收购交易违法实施经营者集中案的处罚决定中，反垄断执法机构首先将相关市场界定为交易双方具有横向重叠的“中国境内网络音乐播放平台市场”，并通过分析集中后实体在相关市场具有较高市场份额，将减少相关市场主要竞争对手以及进一步提高相关市场进入壁垒等，认定交易具有或者可能具有排除、限制竞争的效果。基于此，反垄断执法机构除顶格罚款之外，首次适用《反垄断法》第四十八条关于采取必要措施恢复到集中前状态的规定，责令该互联网平台不得与上游版权方达成独家协议、不得无正当理由要求上游版权方给予“最惠国条款”、不得变相提高交易成本排挤竞争对手等。

该案在一定程度上也体现了《反垄断法》关于应报未报处罚的修法方向，根据《反垄断法（修正草案）》，对于应报未报的处罚进一步区分具有与不具有排除、限制竞争效果这两种情形：对于前者的处罚既包括恢复至集中前状态，也包括将罚款金额提升至上一年度销售额 10% 以下的罚款；对于后者仅处以罚款，但罚款上限提升至 500 万元人民币。

（四）结案周期显著缩短

对于应报未报案件的调查流程包括立案、初步调查、进一步调查和作出行政处罚决定等环节，当案件进入进一步调查环节时，涉案企业需提交正常申报下所需提供的全套申报材料。相比于正常申报审查，涉案企业需提交一些额外的说明和文件，调查程序也往往需花费更长的时间。尽管如此，近几年，反垄断执法机构在查处未依法申报案件方面积累了丰富的执法经验，平均调查时间呈现明显缩短的趋势。根据我们的统计，2021 年公布的应报未报处罚案件，平均调查时间在 100 天以内，其中有 21 例案件从立案到处罚仅耗时不到 50 天。相较于往年，结案周期显著缩短，增加了涉案企业对调查流程的可预期性。

2014-2021 年应报未报处罚案件平均调查时间



(五) 重点领域利剑高悬

自 2020 年中央经济工作会议强调对平台经济领域反垄断的监管，并且随着反垄断执法机构对涉及 VIE 结构（协议控制）的经营者集中表示明确监管，平台经济领域无疑为 2021 年应报未报处罚的重灾区。同时，汽车、医药和公共事业等与民生紧密相关的行业一直以来都是反垄断执法重点领域，不时有处罚案件发生。2021 年，银行、保险等金融业企业也开始进入监管雷达，反垄断执法机构公布了几起针对金融行业应报未报的处罚案件。这也与《反垄断法（修正草案）》第 37 条内容相呼应，该条明确提及，民生、金融、科技、媒体等均为经营者集中审查重点关注的领域。

在此形势下，企业在参与前述重点关注领域的投资并购活动时，需审慎评估相关交易是否需要经营者集中申报，积极、主动、依法进行经营者集中申报，并主动梳理历史上是否存在未依法申报的交易，及时进行补报，以最大程度降低反垄断合规风险。

(六) 少数股权投资不容忽视

2021 年处罚的应报未报案件中，有不少交易涉及少数股权投资的情形，例如，收购（含增持）或合营股权比例低于 15% 的有 22 例，其中，部分案件中股权收购比例低于 5%，或者合营方之一仅持有合营企业 5% 以下股权。

这再次提醒企业应当对判断交易是否触发经营者集中申报义务给予足够的重视和谨慎评估。特别是，在涉及少数股权交易时，交易方需要评估是否会在交易后取得反垄断法意义上的控制权（包括共同控制权）。反垄断法下控制权的认定与证券法上控制权的认定不同，在证券法上无控制权不等于没有反垄断法意义上的控制权。反垄断法意义上的控制权需要根据个案情况进行具体分析，例如，股东会、董事会和其他治理结构层面是否有涉及目标公司日常经营管理事项的决定权或否决权、是否委任高管，以及是否与目标公司达成特定的商业安排等。

四、经营者集中审查领域的突破和发展

（一）典型附条件案件的总结和分析

在 2021 年，反垄断执法机构总共附条件批准了 4 个经营者集中申报，禁止了一个经营者集中申报。

附条件批准 / 禁止案件的平均审查周期	10.8 个月
行为性救济案件数量	3 件
结构性救济案件数量	1 件
禁止交易	1 件

在上述申报的审查中，反垄断执法机构延续了注重市场结构分析的一贯思路。在救济性条件的设计方面，反垄断执法机构仍然主要关注交易是否便利交易方单边涨价的可能性，特别是交易方在交易完成后是否有动机和市场力量对中国客户在产品价格、产品质量、交易条件等方面给予相对更差的待遇。同时，在延续过往审查思路的同时，我们也关注到反垄断执法机构的竞争分析更趋于精细化，使用了更多量化的标准，并提出了一些创新性的救济条件。

以下是 2021 年反垄断执法机构附条件批准 / 禁止案件的基本事实总结。

序号	领域	审查时间（从首次提交到决定公布）	主要相关市场	竞争分析（摘要）	限制性条件（摘要）
1	芯片	约 12 个月	<ul style="list-style-type: none">• 横向重叠：全球 SATA 企业级固态硬盘市场；• 横向重叠：全球 PCIe 企业级固态硬盘市场；• 上游：全球 NAND 闪存市场；• 相邻：全球 DRAM 市场。	<ul style="list-style-type: none">• 在全球 SATA 企业级固态硬盘市场，交易后 HHI 为 2851，增量为 307；• 在全球 PCIe 企业级固态硬盘市场，交易后 HHI 为 3456，增量为 681。	行为性救济条件，主要包括： <ul style="list-style-type: none">• 不得以不合理的价格向中国境内市场供应 PCIe 企业级固态硬盘产品和 SATA 企业级固态硬盘产品；• 在生效日起 5 年内持续扩大 PCIe 企业级固态硬盘产品和 SATA 企业级固态硬盘产品的产量；• 不能利用获得的优势地位进行搭售或者要求排他性采购；• 帮助一个第三方竞争者进入 PCIe 企业级固态硬盘和 SATA 企业级固态硬盘市场。

序号	领域	审查时间(从首次提交到决定公布)	主要相关市场	竞争分析(摘要)	限制性条件(摘要)
2	工业机械	约8个月	中国境内高端电液伺服材料测试设备市场	交易后, HHI 为 4946.23, 增量为 2286.36	行为性救济条件, 主要包括: <ul style="list-style-type: none"> 继续履行与中国客户的所有涉及相关商品和服务的现有业务合同; 继续保持对中国客户的服务水平; 没有正当理由, 向中国客户销售的相关商品和服务的价格不得高于交易双方在生效日前 24 个月内相同条件下的平均价格; 除非有正当理由或遵循过往商业惯例, 不得从事拒绝交易或者施加任何不合理的交易条件等行为。
3	工业机械	约12个月	中国摆线马达市场	交易后, HHI 为 3259.4, 增量为 1476	结构性救济条件, 主要包括: 剥离交易一方的部分摆线马达业务, 包括剥离资产的所有有形资产和无形资产(包括知识产权)、协议、租约、承诺和客户订单, 以及人员等。
4	光电设备	约14个月	<ul style="list-style-type: none"> 上游: 全球相干数字信号处理器、全球相干光子集成电路、中国相干光收发模块; 下游: 中国光传输系统市场; 相邻: 全球路由器。 	集中后实体具有实施原料封锁的能力; 集中后实体具有实施原料封锁的动机	行为性救济条件, 主要包括: <ul style="list-style-type: none"> 交易双方和集中后实体继续履行现有客户合同; 交易双方和集中后实体应按照公平、合理、无歧视的原则, 继续向中国客户供应相干数字信号处理器; 交易双方和集中后实体不在销售相干数字信号处理器时对中国客户强制搭售商品, 或附加其他不合理的交易条件。
5	互联网	约8个月	<ul style="list-style-type: none"> 横向重叠: 中国境内游戏直播市场; 上游: 中国境内网络游戏运营服务市场。 	交易双方份额分别超过 40%、30%, 合计超过 70%	禁止交易

- 竞争分析更趋于精细化，使用了更多量化标准

我们注意到反垄断执法机构更多地使用了量化标准。在上表案例 2 中，反垄断执法机构对交易双方之间的紧密竞争关系进行了分析。除了关注交易双方产品在性能、质量等方面的关系，基于交易方提交的招投标数据，反垄断执法机构计算了交易双方产品之间的分流比（diversion ratio）。虽然先前的案件中也会分析交易双方之间的紧密竞争程度，但根据公开信息，案例 2 是分流比数据在这个问题中的首次应用。

另外，为了分析交易后实体单边涨价的可能性，上述案例 2 中，反垄断执法机构计算了综合涨价压力指数（GUPPI），用以说明交易后实体涨价的可能性。根据公开信息，这也是第一次在案件的决定书中具体提供综合涨价压力指数的测算数据。

- 把帮助一个第三方竞争者进入相关市场作为救济条件

反垄断执法机构在分析市场结构时会着重关注市场进入壁垒。进入壁垒高是交易后实体有能力单方面提高产品价格的重要前提条件。根据以往案例，反垄断执法机构往往会对交易后实体设置行为性救济条件，以阻止交易后实体利用市场优势进行涨价。但是，此类行为性救济条件并不能从根本上改变市场结构。在上述案例 1 中，反垄断执法机构要求交易后实体帮助一个第三方竞争者进入相关市场。根据公开信息，这也是第一次在案件的决定书中以救济条件的形式，要求交易后实体帮助第三方企业进入相关市场。

（二）针对境外投资的交易，也需要关注国家安全审查

在 2021 年 1 月 18 日，国家发展改革委（“发改委”）、商务部共同发布的《外商投资安全审查办法》（“《安审办法》”）正式生效，标志着外商投资安全审查机制跨入新格局。在《安审办法》正式生效后的 1 年来，外商投资安全审查相关的执法工作也较此前更为积极活跃。比如，根据《安审办法》，对于属于申报范围的外商投资活动，除外国投资者或者境内相关当事人主动申报外，外商投资安全审查工作机制办公室（“工作机制办公室”）还有权要求当事人进行申报。同时，从近期的审查趋势来看，对于重点监管行业的审查，工作机制办公室将会同相应的行业监管部门，在更为切合行业的实际情况下进行更为细致、精准、深入地审查。

同时，外商投资安全审查与其他监管审查也逐步加强互动联系以布局严密的监管防控网，这也使得外商投资安全审查工作机制可通过不同监管领域的多条渠道获悉外商投资交易所涉的安全审查状态，把控应申报而未申报的交易。尤其是在 2021 年 12 月，在证券监管领域，证监会的公布《国务院关于境内企业境外发行证券和上市的管理规定（草案征求意见稿）》和《境内企业境外发行证券和上市备案管理办法（征求意见稿）》强调对涉及外商投资安全审查、网络安全审查等法律法规规定范围内的企业国外上市，在提交备案申请前，企业应当依法申报安全审查。

在 2021 年，新生效的《安审办法》在积极促进和保护外商投资的同时，也通过多种工作机制意在有效预防和化解国家安全风险。在涉及外商投资交易的实践中，考虑到外商投资安全审查的活跃，越来越多的交易方认识到外商投资安全申报审查的必要性，并主动申报在申报范围内的交易。我们相信，随着多渠道监管的联动，监管的活跃趋势仍将延续，我们也建议对于初步判断可能落入外商投资安全申报范围内的交易，可以主动咨询监管意见以获得是否需要申报的确定意见，最终可确保交易的合规性。

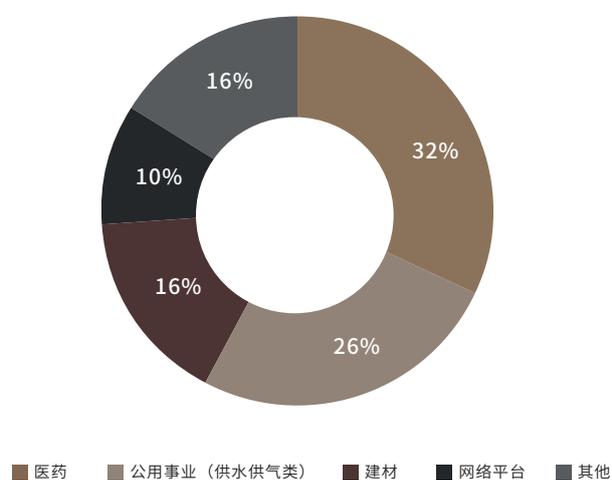
五、持续关注传统领域的反垄断违法行为

据目前公布的反垄断行政处罚案件信息，2021 年我国反垄断执法机构办结 19 起垄断案件，其中横向垄断协议案件 7 起，纵向垄断协议案件 2 起，滥用市场支配地位案件 10 起¹²。从所涉行业来看，上述案件主要集中在医药、公用事业、建材等行业。具体如下图所示。

2021 年垄断案件结案数量（截至 2021 年 12 月 31 日）

案件类型	结案数量（件）	罚没金额（亿元）
横向垄断协议	7	6.07
纵向垄断协议	2	10.59
滥用市场支配地位	10	231.36

2021 年垄断案件数量行业分类



¹² 不包括反垄断执法机构 2021 年公布的于 2020 年办结的案件，也不包括滥用行政权力排除、限制竞争案件。

（一）医药行业

截至目前公布的信息，2021年我国反垄断执法机构已办结医药行业垄断协议案件3起（横向垄断协议案件2起，纵向垄断协议案件1起），滥用市场支配地位案件3起。其中，除1起纵向垄断协议案件涉及药品（即成品药）外，其余5起案件均涉及原料药领域。

• 原料药领域是反垄断执法关注重点

药品是关乎民众生命健康的特殊商品，原料药是药品中的有效成分，是生产药品的重要原材料。原料药领域一直是我国反垄断执法重点，反垄断执法机构对原料药始终保持密切关注，执法活跃。2021年已办结的原料药垄断案件数量达到历年之最。

2021年已办结的5起原料药领域垄断案件以滥用市场支配地位案件为主。违法行为包括：原料药经销企业以不公平的高价销售原料药（相较成本加价过多、取得独家经销权前后历史价格对比悬殊、内部流转层层加价）、附加不合理的交易条件（限定超出需求的最低采购量、额外收取没有实质内容的技术服务费）、拒绝向下游的药品生产企业供货等行为。还有2起横向垄断协议案件，主要涉及原料药生产企业及经销企业固定原料药价格、分割市场等行为。因此，我们判断对于原料药生产企业和经销企业而言，滥用市场支配地位行为和横向垄断协议行为仍是未来反垄断合规的关注重点。

国务院反垄断委员会于2021年11月18日正式发布《原料药领域指南》，明确了原料药领域反垄断监管的基本原则、思路和方法，细化了垄断行为认定标准和执法考量因素。

- 就滥用市场支配地位而言，《原料药领域指南》指出原料药领域常见的滥用市场支配地位行为包括：以不公平的高价销售原料药、拒绝与交易相对人交易、限定交易相对人只能与其交易、搭售商品或者在交易时附加不合理交易条件、对条件相同的交易相对人实行差别待遇等；同时，《原料药领域指南》延续《禁止滥用市场支配地位的暂行规定》的思路，对共同滥用市场支配地位也保持了一定关注。
- 就横向垄断协议而言，《原料药领域指南》明确了联合生产、联合采购、联合销售、联合投标等协议安排的反垄断法律风险；并且首次规定，“原料药生产企业与具有竞争关系的其他原料药经营者达成不生产或者不销售原料药、其他原料药经营者给予补偿的协议”，一般会构成《反垄断法》第十三条禁止的垄断协议行为。
- 另外，《原料药领域指南》提示了原料药领域纵向非价格限制行为的法律风险，规定“原料药经营者实施地域限制或者客户限制，可能构成《反垄断法》第十四条禁止的垄断协议行为”。

我们建议原料药领域相关企业应根据《反垄断法》、《原料药领域指南》等进行主动自查，评估目前的商业模式和经营管理行为是否涉及垄断协议、滥用市场支配地位行为风险，并及时做出调整。

• 药品领域的反垄断风险不容忽视

除原料药领域外，2021年我国反垄断执法机构在药品领域针对一药企的转售价格维持行为作出行政处罚，开出在药品领域迄今为止金额最高的罚单。根据行政处罚决定书，该药企通过内设的定价委员会制定价格政策并在全国范围内统一执行，同时与一级经销商、二级经销商、连锁

型药店及零售药店通过签署合作协议、下发调价函、口头通知等方式达成固定和限定转售价格的垄断协议，并通过公司价格管控制度体系、绩效考核制度和监督机制、惩罚措施、以及外部中介监督等措施强化垄断协议的实施。此外，反垄断执法机构认定该药企通过限制销售区域、严禁不同销售区域窜货、违约惩罚等措施进一步加强了其协议条款的强制性和惩罚性。

为保障患者用药利益、减轻就医负担、促使药品价格回归竞争正轨，我们认为反垄断执法机构未来也会持续推进药品领域的反垄断执法。

（二）公用事业行业

公用事业，是指面向社会提供的与人民群众日常生活密切相关的基础公用产品或公共服务，一般包括供水、供电、供气、供热、电信、有线电视、邮政、公共交通运输等行业。近年来，我国反垄断执法机构已办结的公用事业行业垄断案件主要集中在供水、供气行业。截至目前，2021年我国反垄断执法机构已办结的涉及供水、供气行业的垄断案件共5起。其中除1起为横向垄断协议案件外，其余4起均为滥用市场支配地位案件。

公用事业行业多发的滥用市场支配地位行为表现形式多样。以2021年的4起案件为例，违法行为主要包括向用户收取不公平的高价、限定用户只能与其进行交易、附加不合理的交易条件（例如要求用户支付预付款、承担设备改造换装费用）。此外，从往年的反垄断执法实践来看，公用事业行业常见的违法行为类型还包括强制或变相强制申请办理水、电、气、热入户的经营者或消费者购买其提供的设备和材料，对用户强制或变相强制收取最低用水（电、气、热）费用，强行向用户收取押金、保证金等、对新建小区用户强制收取入户费（管网建设费）、超范围配套工程安装费等，向用户搭售相关产品或设备，如水表、燃气表、燃气灶具等，强制或变相强制用户购买保险（如财产损失险、人身意外伤害）等。

考虑到公用事业行业通常具有自然垄断属性，相关市场的参与方十分有限，甚至可能仅有一个参与方，竞争并不充分。故而公用事业行业的经营者在相关市场内较容易被认定具有市场支配地位，反垄断风险较高。

（三）建材行业

建材行业是国民经济的重要基础产业，在国民经济发展中举足轻重，长期以来成为我国反垄断执法机构重点监管的民生领域。2021年，反垄断执法机构对建材行业仍保持持续关注，重拳频出。据目前已公布的行政处罚案件信息，2021年我国反垄断执法机构已办结建材行业垄断案件3起，产品涉及水泥和混凝土（也称商砼），涉案当事人19家（含一行业协会），罚款金额累计达数亿元。上述3起垄断案件均为横向垄断协议案件，违法行为主要涉及固定或变更商品价格、限制商品的生产或销售数量、分割商品的销售市场及原材料采购市场、联合抵制交易。

建材行业容易诱发横向垄断协议行为的原因主要在于：（1）建材产品的销售受运输半径影响，市场具有明显的区域特征，经营者之间透明度高，易于达成垄断协议；（2）建材领域的生产技术相对成熟稳定，产品标准化程度高，行业产能过剩问题突出，经营者之间的竞争主要体现为价格竞争，因此经营者易于产生达成垄断协议的动机；（3）建材行业下游客户的需求弹性较低，可选择的替代产品十分有限。

在建材行业成为反垄断执法重点关注领域的背景下，经营者在作出涨价等商业决策时，应格外谨慎，确保价格上调行为是基于自身独立的商业判断，而非基于与其他竞争者的合意或意思联络作出的一致涨价行为。此外，经营者在参加行业协会组织的会议或者有其他竞争者出席的行业内会议时，如涉及讨论产品价格、产能、产销量等竞争性敏感信息，经营者应提高警惕；如出现可能涉嫌违反《反垄断法》的

敏感话题，建议经营者明示拒绝参与并即时避席，并做好相关证据记录，以最大限度地降低反垄断风险。

此外，国家反垄断局局长甘霖日前在有关采访中提出未来会“持续规范平台经济、科技创新、信息安全、民生保障等重点领域竞争行为”。我们建议相关行业领域的企业应重视反垄断合规，密切关注行业的反垄断执法动向，并基于本行业领域情况、市场竞争格局以及自身的市场力量，谨慎评估日常经营的反垄断风险，以从容面对反垄断监管的未来挑战。

六、中国企业境外反垄断合规面临的挑战

在中国企业“走出去”的过程中，可能需要应对来自各个司法辖区的监管。反垄断作为经济调控的重要政策工具，自然也成为监管部门的重点工具之一。在过去的一年中，包括政府补贴、数字经济等领域的反垄断立法和执法活动频繁，波谲云诡。为进一步服务我国企业开展境外经营业务，国家市场监督管理总局出台了《境外合规指引》，帮助企业完善合规机制和管理框架。本节将对近年来国外反垄断监管趋势进行盘点，并结合《境外合规指引》对企业境外反垄断合规要点进行简要梳理。

（一）国外垄断监管趋严

• 《外国补贴法》

2020年6月17日，欧盟委员会发布了《针对外国政府补贴的促进公平竞争白皮书》（“白皮书”），提出了针对非欧盟国家政府补贴的审查制度框架。2021年5月，白皮书正式成为《外国补贴扭曲欧盟市场法案草案》（*Regulation On Foreign Subsidies Distorting the Internal Market*，“《外国补贴法》”），该提案旨在通过识别和消除外国补贴在收购、公共采购程序和其他市场情况下造成的扭曲，恢复欧盟内部市场的公平竞争环境。

《外国补贴法》提出的“外国补贴”（Foreign subsidy）主要指直接或间接来自非欧盟国家的政府当局或公共或私人实体的，选择性用于个别公司或行业，使在欧盟从事经济活动的公司收益的任何财政捐助。该定义与欧盟既有的“国家援助”（State aid）的概念类似。外国补贴包括但不限于零利率贷款和其他低于成本的融资、优惠的税收待遇、税收减免或直接赠款，以及无限制的担保等等。

为了防止外国补贴对市场造成影响，《外国补贴法》提出了明确的申报义务，该义务有两类触发条件：一是当目标公司（或至少一个合并方）在欧盟的营业额为5亿欧元以上，且外国资金贡献至少为5000万欧元时，需进行申报；此外，如公共采购项目价值2.5亿欧元，也需进行申报。欧盟委员会还有权自主对有风险的企业展开调查。上述要求可能进一步增加国内企业海外交易的时间、成本和不确定性。对于有全球性发展计划的国有企业或其他受国家支持的企业（如大基金被投资企业等），未来在欧盟国家的投资或经营将面临更为严格的审查，应准备预案，在该法案正式生效后积极应对。

• 《数字市场法》和《数字服务法》

除外国补贴外，欧盟近年来对互联网平台的反垄断执法同样如火如荼。2021年，欧盟及其成员国对以GAF A为代表的多家互联网平台企业涉嫌的滥用市场支配地位和垄断协议等行为展开调查。而2020年底发布的《数字市场法》（*Digital Markets Act*）和《数字服务法》（*Digital Services Act*）两部草案，旨在“确保公平和开放的数字市场”，在互联网平台治理领域具有里程碑式的意义。¹³

¹³ The Digital Markets Act: ensuring fair and open digital markets, https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en.

具体而言，《数字市场法》为在数字领域充当“守门人”（Gatekeeper）的平台引入了规则，旨在防止守门人对企业和消费者施加不公平的条件，确保重要数字服务的开放性；而《数字服务法》则旨在从传输、存储和托管等诸多方面要求数字服务经营者承担更多义务。

从市场监管的角度看，《数字市场法》与数字经济反垄断之间的关系更为密切。其首次提出的“守门人”概念，强调满足特定条件的核心平台服务提供者守门人。具体条件包括：（1）过去三年营业额超过 65 亿欧元或过去一年平均市值超过 650 亿欧元；（2）月活用户超过 4500 万，或过去一年欧盟企业用户超过一万；（3）在业务中享有稳固和持久的地位，或可以预见其在不久的将来享有该等地位。上述标准与我国《互联网平台分类分级指南（征求意见稿）》（“《平台分级指南》”）类似，同样综合考虑了平台的连接属性与主要功能，将用户规模、主营业务、经济体量、以及对市场的影响等。不同之处在于，《数字市场法》仅针对在业务中享有稳固和持久的地位，对内部市场有重大影响的“守门人”，而《平台分级指南》则针对所有经营核心业务的平台，并将其分为超级平台、大型平台和中小平台。

此外，《数字市场法》还明确了守门人的具体义务，提出了允许第三方与自己的服务进行交互操作、允许企业用户在守门人平台之外推广其服务并与客户签订合同、为企业用户提供访问守门人平台上的活动所生成的数据权限等积极义务，同时提出了不得阻止用户卸载任何预装软件或应用程序、不得使用从其企业用户获得的数据与之竞争、不得限制其用户访问其他服务、不得将自营服务优先排名等消极义务。在平台义务落实方面，我国同样出台了《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》（“《平台责任指南》”）以明确互联网平台主体责任。相较而言，《数字市场法》仅针对守门人的反竞争行为进行规制，而《平台责任指南》则从内容监管、风险防控、反垄断和反不正当竞争、平台内主体（包括经营者、劳动者、特殊群体等）保护、网络安全与数据保护等多个层面进行全方位规制。

（二）《境外合规指引》为企业“走出去”保驾护航

虽然《外国补贴法》、《数字市场法》、《数字服务法》均尚处于草案阶段，但根据过往的立法经验，整个立法程序将逐渐推进，更为严格的域外监管格局也在逐步成型。作为应对，市场监管总局于 2021 年 11 月 18 日发布了《境外合规指引》，该指引系专门供企业参考的境外反垄断合规的一般性指引。

《境外合规指引》围绕境外反垄断合规管理制度、境外反垄断合规风险重点、境外反垄断合规风险管理等层面展开。首先，《境外合规指引》强调了反垄断合规的重要性，明确了企业应当就境外反垄断合规建立相关管理制度、管理机构、合规承诺机制。同时，该指引还就反垄断涉及的主要行为、反垄断调查的方式及反垄断监管部门的职权、境外反垄断诉讼的基本情况，以及可能适用的补救措施等问题作出简要介绍，并在此基础上提示企业基于境外业务规模、所处行业特点、市场情况、相关司法辖区反垄断法律法规以及执法环境等因素对主要反垄断风险进行梳理、识别和评估，并对员工面临的境外反垄断法律风险进行评级，建立合规报告、合规咨询、合规审核、合规培训等多种机制。

需要强调的是，《境外合规指引》无法对企业在境外各个司法辖区面临的所有反垄断风险进行防范，在海外开展具有反垄断风险的业务时，应寻求有资质的当地反垄断律师协助。

七、2022 年展望

从年初的《平台经济领域指南》重磅发布，到年末《反垄断法（修正草案）》的提出，再到不久前国家反垄断局挂牌成立，2021 年无疑是中国反垄断发展历程中具有里程碑意义的一年，标志着中国反垄

断正朝着更加健全的发展方向迈进。

首先，国务院在《“十四五”数字经济发展规划的通知》明确提出强化反垄断监管，推动平台经济规范健康持续发展的要求，由此可见反垄断政策对于我国数字经济形态发展的重要性得到了中央层面的肯定和强调。我们可以合理预见，随着我国数字经济的高速发展，《反垄断法》作为经济宪法的作用将越来越明显。

其次，反垄断执法机构 2021 年对于应报未报案件在执法和立法层面均给予前所未有的关注。2022 年开年，反垄断执法机构已公布了 13 起应报未报的处罚案件。我们可以预见未来反垄断执法机构对于应报未报案件的调查和处罚将愈加常态化、精细化，并可能采取更为严格的执法态度。

再者，反垄断与人民群众的利益息息相关。除了平台经济领域外，在汽车、医药和公共事业等与民生相关的领域，我们认为反垄断执法机构将继续从严执法，着力解决民生领域的垄断问题，将维护消费者利益作为反垄断执法中的重要考量，促进市场竞争环境持续优化。

最后，近年来，中国企业国际化经营步伐不断加快，境外投资并购和业务活动明显增多。境外反垄断立法和执法活动频繁，可以预见走出去的中国企业在境外将面临更复杂的反垄断监管环境。

在此背景下，我们建议企业强化反垄断合规管理，着力在科学性、有效性上持续提升。一方面，反垄断合规可以防范公司因监管处罚和民事诉讼所导致的声誉或财务损失，降低公司经营成本；另一方面，反垄断合规能提升公司声誉，使企业在市场竞争中获得客户和消费者的肯定，增加企业品牌价值。希望通过我们共同的努力，让反垄断合规不光是企业的责任，更成为企业的机遇。

参与本报告撰写的律师还包括张天杰，王叶，贾梦琳，高锐，吴炜旻，阮思莹，宋雪影，裴梦然，屈尘，张贤，马骁。

2021， 中国反垄断开启平台经济执法元年

刘成 李雨濛 洪露申 朱群飞 武瑶 许世巍 杨静茹 王梦真 叶弘韬 任宇颖

2021年，基于国家经济工作“强化反垄断和防止资本无序扩张”的大背景，反垄断的立法和执法持续深入，在完善立法体系、垄断行为执法、经营者集中审查、反垄断诉讼等各方面都交出了成绩斐然的答卷。

2021年是针对快速崛起并扩张的平台经济的反垄断执法元年。加强平台经济的反垄断监管，将为平台企业的经营和扩张带来显著的变化，也将对传统行业与平台经济之间的合作与博弈产生深远的影响。

2021年11月18日，国家反垄断局正式挂牌，标志着中国反垄断执法机构提升到前所未有的地位，突显出国家对反垄断执法工作的高度重视。国家反垄断局应将保持独立审慎的姿态，积极、持续地深入反垄断执法。

中国反垄断 2021 年度综述

（一）国家反垄断局正式挂牌

2021年11月18日，“国家反垄断局”正式挂牌，反垄断执法机构由原先的国家市场监督管理总局（“市场监管总局”）直属局，升格为独立挂牌单设的副部级国家局。国家反垄断局内设竞争政策协调司、反垄断执法一司、二司，分别负责反垄断政策研究和国际交流、垄断协议与滥用市场支配地位的执法，以及经营者集中的审查与监督执行¹。

国家反垄断局的成立，大幅提升了反垄断执法机构的地位，突显出国家对反垄断执法工作的高度重视和加强反垄断执法的决心。同时，新的机构设置预计也将大幅扩充反垄断执法人员的编制，进一步充实反垄断执法力量。

¹ 参见市场监管总局机构设置，<https://www.samr.gov.cn/jg/>。此外，市场监管总局还组建了竞争政策与大数据中心，以开展强化反垄断、竞争政策、平台经济等领域的政策理论研究，承担反垄断执法等和技术支撑工作，具体参见 https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202112/t20211217_338179.html。

（二）《反垄断法（修正草案）》通过一读

2021年10月23日全国人大常委会公布《反垄断法（修正草案）》（“《修正草案》”），该《修正草案》已于2021年10月19日通过人大初次审议²。其修改重点包括：

- 明确竞争政策的基础地位，公平竞争审查制度写入反垄断法³；
- 确立垄断协议的“安全港制度”⁴；
- 澄清转售价格维持的举证责任⁵；
- 明确轴辐协议下的责任⁶；
- 提出针对互联网、民生、金融、科技、媒体等领域进行重点执法⁷；
- 在经营者集中审查中引入“停表”制度⁸；以及
- 加大对违法实施经营者集中行为的处罚⁹，加大对垄断行为的处罚，增加个人责任¹⁰。

预计《反垄断法》修订工作将在2022年加快进行。对于《修正草案》的具体解读，请参见文章《洞悉变化，看清趋势，解读〈反垄断法（修正草案）〉》¹¹。

（三）完善法规指引

此外，2021年，市场监管总局公布了《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》（“《平台经济反垄断指南》”）、《企业境外反垄断合规指引》（“《境外合规指引》”）以及《国务院反垄断委员会关于原料药领域的反垄断指南》（“《原料药指南》”）。至此，市场监管总局已在垄断协议执法、滥用市场支配地位执法、经营者集中等方面分别出台了相关配套性规定，并对重点监管领域和行业，如互联网平台经济、汽车、原料药、知识产权等领域制定了相应的指南。相关执法规定及合规指南总结，请见附件一。

（四）垄断行为执法

2021年，反垄断执法机构共针对26起垄断行为案件做出决定，数量再创历史新高。处罚的案件类型包括横向垄断协议13件，纵向垄断协议2件，以及滥用市场支配地位11件。在滥用市场支配地位案件中，3件涉及以不公平高价销售，1件涉及拒绝交易，4件涉及限定交易对象，6件涉及附加不合理的交易条件。处罚金额上，2021年公布的决定中有5起案件的处罚金额超过1亿元人民币。

从行业角度统计，互联网、医药、公用事业和建材领域在2021年被重点关注。

² 参见《坚持规范与发展并重，反垄断法修正草案首次提请全国人大常委会会议审议》，<http://www.npc.gov.cn/npc/c30834/202110/512cd30239f2492e9ef079500ea9f1a0.shtml>。

³ 参见《修正草案》第4条、第5条。

⁴ 参见《修正草案》第19条。

⁵ 参见《修正草案》第17条。

⁶ 参见《修正草案》第18条和第56条。

⁷ 参见《修正草案》第37条。

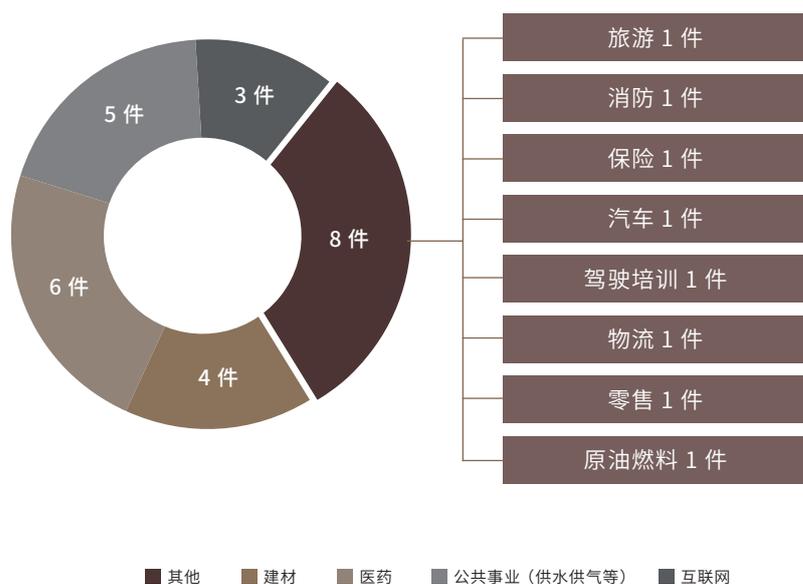
⁸ 参见《修正草案》第32条。

⁹ 参见《修正草案》第58条。

¹⁰ 参见《修正草案》第46条。

¹¹ 参见 <https://www.chinalawinsight.com/2021/10/articles/corporate-ma/%E6%B4%9E%E6%82%89%E5%8F%98%E5%8C%96%EF%BC%8C%E7%9C%8B%E6%98%8E%E8%B6%8B%E5%8A%BF-%E8%A7%A3%E8%AF%BB%E3%80%8A%E5%8F%8D%E5%9E%84%E6%96%AD%E6%B3%95%EF%BC%88%E4%BF%AE%E6%AD%A3%E8%8D%89/>。

图 1：2021 年垄断行为处罚案件行业分布



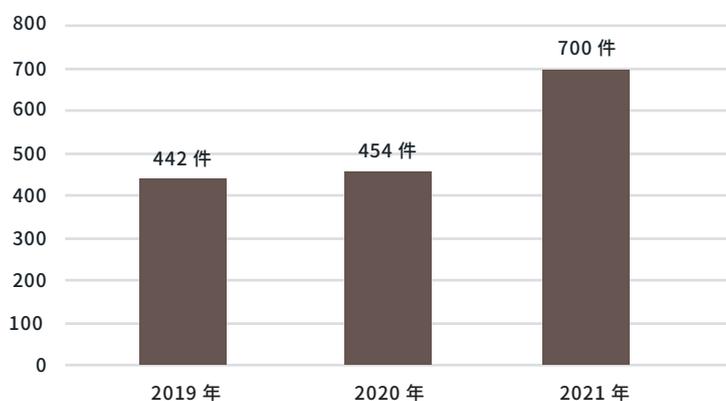
本年度查处的案件中不乏大案要案，例如，对部分互联网平台经营者从事“二选一”行为的查处引起了全社会的关注。此外，据媒体报道，反垄断执法机构也正在对其他部分互联网平台经营者涉嫌垄断行为进行调查¹²。

2021 年度垄断行为执法具体的案件统计，请见附件二。

（五）经营者集中审查

2021 年，在经营者集中审查方面，市场监管总局仍然保持着较高的效率。截至 2022 年 1 月 6 日，市场监管总局共计公布 2021 年作出的无条件批准经营者集中申报 700 件，数量与去年的 469 件相比增加了 49.3%。根据我们的统计，简易案件在立案后平均经过 14.43 天的审查期¹³即可获得批准。

图 2：2019-2021 年无条件批准案件数量



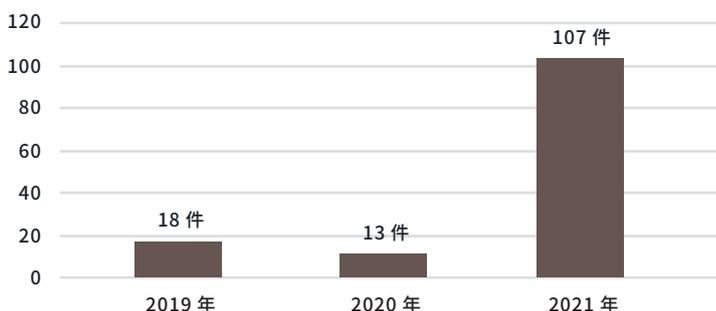
¹² 《某互联网出行公司被监管机构发起反垄断调查》，参见 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1702802819982083667&wfr=spider&for=pc>；《重大突发！某房地产平台企业被启动反垄断调查？》，参见 <https://new.qq.com/omn/20210526/20210526A04U3000.html>。

¹³ 根据市场监管总局官网公布的无条件批准案件的公示和批准时间，统计并计算出 2021 年批准的简易案件的平均审查时间。

2021年，市场监管总局对两家互联网游戏直播企业的合并交易作出禁止决定，这是《反垄断法》实施以来第3起被禁止集中的交易。同时，市场监管总局共对4起案件做出附条件批准决定，相关案例总结详见附件三。此外，在某互联网公司收购某音乐公司股权违法实施集中案（“互联网音乐案”）¹⁴中，市场监管总局首次对未依法申报案件，通过附加限制性条件的方式纠正对市场的影响。

在未依法申报实施集中的调查方面，市场监管总局共对107件应报未报案件作出处罚决定，而2020年的处罚数量仅为13件。同时，结合《修正草案》中对罚款标准的修改，企业未来未依法申报实施集中的违法成本预计将大幅增加。

图3：2019-2021年未依法申报实施集中处罚案件数量



（六）反垄断诉讼

2021年，根据公开信息，垄断纠纷民事诉讼案件共审结15件¹⁵，行政诉讼案件共审结7件¹⁶。在审结的案件中，除撤诉、补正笔误案件外，民事案件4起涉及垄断协议、6起涉及滥用市场支配地位。行政案件主要是针对行政处罚决定的行政诉讼。2021年反垄断诉讼涉及案件的行业主要包括互联网、文娱、电子科技、医药、汽车等，其中以互联网领域为主。

另据公开报道，至少有14起民事反垄断诉讼正在进行中，包括某平台企业因取消支付渠道引发的反垄断诉讼¹⁷、知名电商“二选一”案¹⁸及首例原料药垄断侵权上诉案¹⁹等；另有2起行政案件，即广东省茂名市13家混凝土企业起诉广东省市场监督管理局上诉一案²⁰和葡萄糖酸钙原料药企业诉国家市场监督管理总局案²¹正在进行。

此外，《修正草案》从法律层面提出了《反垄断法》下检察院的公益诉讼制度。对于涉及民生等重要领域的垄断行为，如平台“二选一”、大数据杀熟等，未来预期会出现更多检察机关提起的公益诉讼。

¹⁴ 市场监管总局发布互联网音乐案行政处罚决定书（国市监处〔2021〕67号），参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202107/t20210724_333020.html。

¹⁵ 信息来源：威科先行，案由：“民事”、“垄断纠纷”，裁判年份：“2021”。检索日期：2021年12月29日。

¹⁶ 信息来源：威科先行，案由：“行政案由”，案件类型：“行政案件”，裁判年份：“2021”，全文检索：“反垄断法”，检索日期：2021年12月29日。已合并统计同一案由的一审和上诉案件。

¹⁷ 据报道，北京知识产权法院决定对王某诉被告2家科技公司滥用市场支配地位纠纷案立案审理。参见 <https://finance.sina.com.cn/tech/2020-12-29/doc-iiznctke9208663.shtml>。

¹⁸ 据报道，2020年11月24日至11月26日，北京市高级人民法院对某互联网企业诉2家互联网企业滥用市场支配地位“二选一”案组织不公开质证，该案尚在审理中。参见 https://www.thepaper.cn/newsDetail_forward_10152878。

¹⁹ 2021年5月18日上午，最高人民法院知识产权法庭第一法庭将开庭审理某医药企业诉原料药垄断侵权案件的上诉案。2020年12月18日和2021年4月25日，该案曾在最高人民法院知识产权法庭先后两次开庭审理。信息来源于中国庭审公开网。

²⁰ 参见 <http://www.zggpjz.com/keji/xingzhenglongduan/2021/1130/7860.html>。

²¹ 参见 <https://m.mp.oeeee.com/a/BAAFRD000020211123626935.html>。

2021 年中国反垄断重要事件

日期	事件
1 月 19 日	市场监管总局附加限制性条件批准某信息技术网络公司收购某光通信公司股权案 ²² ；此后，市场监管总局分别于 6 月 7 日 ²³ 、11 月 18 日 ²⁴ 、12 月 22 日 ²⁵ 附加限制性条件批准另外三起经营者集中申报案件
2 月 7 日	国务院反垄断委员会正式印发《平台经济反垄断指南》 ²⁶
2 月 7 日	北京知识产权法院对某网络社交平台企业被诉从事网络平台封禁行为案件正式立案 ²⁷
3 月 12 日至 12 月 31 日	市场监管总局分五批次公示互联网领域 97 起未依法申报实施集中案件处罚决定，涉及多家互联网企业 ²⁸
4 月 10 日	4 月 10 日市场监管总局对某互联网平台企业滥用市场支配地位从事“二选一”行为作出处罚，为首次针对互联网企业的反垄断处罚，处罚金额约 182 亿元 ²⁹ ；此后，在 4 月 12 日 ³⁰ 和 10 月 8 日 ³¹ ，相关反垄断执法机构针对另外两家平台企业从事“二选一”行为作出处罚
4 月 23 日	浙江省宁波中级人民法院对某非标准必要专利拒绝许可案件作出判决 ³² ，引用“必需设施”理论进行分析，该案已上诉至最高人民法院
4 月 15 日及 9 月 27 日	4 月 15 日市场监管总局对某药品供应企业实施转售价格维持作出行政处罚，处罚金额 7.64 亿元 ³³ ；9 月 27 日市场监管总局对某零售电器供应商作出处罚，处罚金额 2.9481 亿元 ³⁴
6 月 29 日	市场监管总局会同国家发展改革委、财政部、商务部、司法部印发《公平竞争审查制度实施细则》 ³⁵
7 月 10 日	市场监管总局公布两家网络游戏直播公司合并案的禁止决定 ³⁶

²² 参见市场监管总局关于附加限制性条件批准某信息技术网络公司收购某光通信公司股权案反垄断审查决定的公告，https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjgz/202101/t20210119_325338.html。

²³ 参见市场监管总局关于附加限制性条件批准 2 家工业设备企业部分业务收购案反垄断审查决定的公告，https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjgz/202106/t20210607_330289.html。

²⁴ 参见市场监管总局关于附加限制性条件批准 2 家科技设备企业股权收购案反垄断审查决定的公告，https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjgz/202111/t20211118_336984.html。

²⁵ 参见市场监管总局关于附加限制性条件批准 2 家电子科技企业部分业务收购案反垄断审查决定的公告，https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjgz/202112/t20211222_338317.html。

²⁶ 参见 https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202102/t20210207_325967.html。

²⁷ 某网络社交平台企业被诉从事网络平台封禁行为案件，参见 https://www.sohu.com/a/449323225_116237。

²⁸ 根据市场监管总局发布的未依法申报实施集中案件公示处罚决定统计得出，参见 <https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/>。

²⁹ 参见市场监管总局发布某平台企业在中国境内网络零售平台服务市场垄断案行政处罚决定书和行政指导书，https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210409_327698.html。

³⁰ 参见市场监管总局发布上海某平台企业滥用市场支配地位行政处罚决定书，https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210412_327737.html。

³¹ 参见市场监管总局发布某平台企业在中国境内网络餐饮外卖平台服务市场垄断案行政处罚决定书和行政指导书，https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202110/t20211008_335367.html。

³² 某高新技术企业诉某跨国公司滥用市场支配地位纠纷一案一审民事判决，参见（2014）浙甬知初字第 579 号。

³³ 参见市场监管总局依法对某药品供应企业实施垄断协议行为作出行政处罚，https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202104/t20210415_327851.html。

³⁴ 参见市场监管总局发布某零售电器供应商达成并实施垄断协议案行政处罚决定书，https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202109/t20210927_335175.html。

³⁵ 参见 https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202107/t20210708_332422.html。

³⁶ 参见市场监管总局关于禁止 2 家网络游戏直播公司合并案反垄断审查决定的公告，https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjgz/202107/t20210708_332421.html。

日期	事件
7月24日	市场监管总局就某互联网公司收购某音乐公司股权案违法实施经营者集中案作出处罚并附条件 ³⁷
10月23日	《修正草案》公开向社会征求意见 ³⁸
11月8日	某软件公司公开称对某互联网平台提起诉讼，请求该互联网平台开放数据，该案已被长沙市中级人民法院正式受理 ³⁹
11月15日	市场监管总局印发《境外合规指引》 ⁴⁰ ；国务院反垄断委员会出台《原料药指南》 ⁴¹
11月16日	第七届金砖国家国际竞争大会在中国召开 ⁴²
11月18日	“国家反垄断局”正式挂牌 ⁴³

一、加强对平台经济的反垄断监管

2021年是中国针对平台经济的反垄断执法元年，在《平台经济反垄断指南》出台后，反垄断执法机构对多起典型案例进行了查处。这与欧盟、美国等法域对平台企业的强监管趋势不谋而合，体现出我国反垄断执法机构对市场竞争结构变化的敏锐洞悉。

预计平台经济在未来相当长的时间将是中国反垄断的执法重点。据悉，国家反垄断局反垄断执法一司、二司已分别设立单独处室，负责平台企业和数字经济的监管。

（一）“二选一”典型处罚回顾，平台企业滥用行为执法特点解读

2021年，反垄断执法机构分别对三起平台企业“二选一”行为进行了查处⁴⁴，引起了全社会的关注。在三起案件中，执法机关均采用“行为+效果+无正当理由”的分析思路，以论证涉案平台企业的“二选一”行为构成滥用市场支配地位的限定交易。

三起案件的决定体现出以下特别值得关注的执法思路：

• 平台经济领域的相关市场界定

《平台经济反垄断指南》指出，相关市场界定可能根据各平台所涉及的产品界定多个相关市场，但需要考虑跨平台网络效应，也可能根据平台整体界定相关市场。2021年的三起案件中，由于三起案件的涉案平台具有跨平台网络效应，对平台内的商户和另一端的消费者可以施加足够的竞争约束，反垄断执法机构在三起案件中均按照平台整体界定了相关商品市场。

³⁷ 参见市场监管总局发布互联网音乐案行政处罚决定书，https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202107/t20210724_333020.html。

³⁸ 参见中国政府网，反垄断法（修正草案）等法律征求意见，http://www.gov.cn/xinwen/2021-10/23/content_5644516.htm。

³⁹ 某软件公司诉某互联网平台案，相关新闻参见<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1716098728190687828&wfr=spider&for=pc>。。

⁴⁰ 参见https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202111/t20211118_336972.html。

⁴¹ 参见https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202111/t20211118_336969.html。

⁴² 参见<http://www.sc.gov.cn/10462/14721/14730/14751/2021/11/16/e3ba62ee57bd4ac7874ccf6a6cbb9189.shtml>。

⁴³ 参见https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202111/t20211118_336974.html。

⁴⁴ 三起案件分别是市场监管总局对某平台企业在中国境内网络零售平台服务市场垄断案的查处（处罚决定参见https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210409_327698.html），上海市监局对上海某平台企业滥用市场支配地位案的查处（处罚决定参见https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210412_327737.html），以及市场监管总局对某平台企业在中国境内网络餐饮外卖平台服务市场垄断案的查处（处罚决定参见https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202110/t20211008_335367.html）。

同时，根据案件特点，不排除基于不同维度（地域、目标客户等）界定细分市场。比如在上海市市场监督管理局查处的案件中，相关商品市场界定为上海市提供英文服务的在线餐饮外送平台服务市场。

- **平台经营者市场支配地位的认定**

反垄断执法机构在评估经营者是否具有市场支配地位时，不仅多维度地考察市场份额及其持续时间，也结合平台经济的特点分析其它可能实现竞争约束的因素。比如，考虑经营者的雄厚财力和技术条件，指出经营者拥有海量的交易、物流、支付、用户评价等数据，对比其他竞争性平台优势明显；关注用户黏性、锁定效应、数据积累等平台经济特征，指出用户不易在不同平台间迁移；考虑获客成本，指出新进入者进入相关市场难度大；关注相关经营者的生态化布局，考虑经营者在关联市场的优势会进一步巩固和增强经营者的市场力量。

- **滥用行为的实施方式**

由于平台经济的技术特点，滥用行为不仅通过达成协议或发布政策进行实施，更可以利用平台规则和相关技术手段达成相关效果。比如，通过大数据系统监测平台商户在竞争性平台开店或参加活动的情况，并利用市场力量、平台规则和数据、算法等技术手段，设置惩罚性措施；平台也可以对独家合作的商家给与激励性措施，如搜索加权、平台补贴、优先配送、扩大配送范围、降低起送价格等，从而鼓励商家与平台独家合作。虽然激励性措施对平台内经营者、消费者利益和社会整体福利具有一定积极效果，但如果有证据证明对市场竞争产生明显的排除、限制影响，也可能被认定构成限定交易行为。

（二）平台经营者高风险行为提示

根据目前的执法案例，以及相关法规中的重点提示，平台企业需特别注意下述可能构成滥用市场支配地位的高风险行为：

- **“二选一”**：平台经营者无正当理由，要求平台内经营者只能与自己交易，而不能与其他平台进行交易⁴⁵。
- **“平台封禁”和 / 或不兼容**：平台企业屏蔽竞争对手的内容或者应用，拒绝向竞争对手开放平台接入端口，无正当理由拒绝或中断向其他经营者提供接入和互操作服务，下架竞争对手的应用程序、或对竞争对手实行操作系统实施不兼容⁴⁶。
- **其他拒绝交易行为**：平台企业对平台内经营者采取搜索降权、流量限制、下架商品、暂停服务等技术措施，设置不合理的限制和障碍，使交易相对人难以与其开展交易⁴⁷。
- **搭售**：平台企业利用格式条款、弹窗、必经步骤操作等交易相对人无法选择、更改、拒绝的方式，将不同商品进行捆绑销售⁴⁸。

⁴⁵ 请见《平台经济反垄断指南》第十五条；《北京市平台经济指引》（“《北京市平台经济指引》”）（2021年版）第二（三）4部分；如上文所述，2021年，反垄断执法机构分别对三件平台企业“二选一”行为进行了查处。

⁴⁶ 请见《平台经济反垄断指南》第十四条；《北京市平台经济指引》（2021年版）第二（三）3部分；《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》（“《平台主体责任指南》”）第三条。

⁴⁷ 请见《平台经济反垄断指南》第十四条；《北京市平台经济指引》（2021年版）第二（三）3部分；《平台主体责任指南》第二十九条。

⁴⁸ 请见《平台经济反垄断指南》第十六条；《北京市平台经济指引》（2021年版）第二（三）5部分。

- **自我优待**：平台企业通过算法等措施，对平台自营的商品或服务给予更加有利的优惠条件，如在搜索结果中优待自营的商品或服务，使其排序更靠前，优先展示，或以更丰富的方式展现等⁴⁹。
- **“大数据杀熟”**：平台经济领域经营者基于大数据和算法，根据交易相对人的支付能力、消费偏好、使用习惯等，实行差异性交易价格或者其他交易条件⁵⁰。

（三）加强涉及平台企业的经营者集中审查

2021年，市场监管总局对于涉及平台企业的经营者集中体现出严格、谨慎审查的趋势。对于涉及平台企业的交易，不仅审查对该次交易所直接涉及的市场，也综合考虑对关联市场（平台生态圈）的影响。执法机关的谨慎态度也体现在审查时间方面，从目前已公布的部分经营者集中简易案件来看，涉及互联网领域的简易案件审查时间也达到立案后50天甚至更长的时间⁵¹，而一般行业立案后平均的审查时间仅为约14天。

对于被收购企业为新兴平台、或者被收购企业采取免费或低价模式，因而营业额没有达到经营者集中申报标准，但该集中对相关市场又可能产生排除、限制竞争的情况，《平台经济反垄断指南》中明确规定反垄断执法机构有权进行调查⁵²。在互联网音乐案⁵³中，市场监管总局要求该涉案互联网企业，对未达到申报标准但具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中，均应当事先申报，未申报的不得实施集中。这也体现了执法机构对于“猎杀式并购”等交易已经给予关注。

（四）展望 2022

反垄断执法机构将继续加强对平台企业的反垄断监管，除“二选一”外，平台封禁、拒绝交易行为、大数据杀熟等很可能也会成为执法重点。在经营者集中领域，涉及平台企业的经营者集中将继续受到严格和全面的审查，相关企业的投融资交易需重点考虑反垄断监管可能产生的影响。

二、关注纵向经销体系的反垄断合规

对于经销体系的监管，2021年度的执法重点仍然是转售价格维持。纵向非价格限制，如地域限制等，仍作为加强转售价格维持的手段，未被单独查处。尽管如此，多部指南已提示纵向非价格限制的反垄断风险，表明反垄断执法机构对此类安排的关注。

（一）转售价格维持仍是经销体系合规的执法重点

2021年，反垄断执法机构对3起纵向转售价格维持案件进行查处并给予重罚，其中两起处罚金额分别高达7.64亿元⁵⁴和2.9481亿元⁵⁵。

⁴⁹ 请见《北京市平台经济指引》（2021年版）第二（三）6部分。

⁵⁰ 请见《平台经济反垄断指南》第十七条；《北京市平台经济指引》（2021年版）第二（三）6部分。

⁵¹ 某互联网企业收购某动漫公司股权案，涉及的相关市场为中国动画制作市场；中国漫画制作市场、中国网络漫画作品传播市场、中国网络视频作品传播市场。该案于2021年6月29日立案，8月25日获得批准。同时，我们注意到，某互联网企业收购某食品企业股权案，于2021年10月14日立案，但在本文发布时，尚未获得批准。

⁵² 《平台经济反垄断指南》第19条规定，国务院反垄断执法机构高度关注参与集中的一方经营者为初创企业或者新兴平台、参与集中的经营者因采取免费或者低价模式导致营业额较低、相关市场集中度较高、参与竞争者数量较少等类型的平台经济领域的经营者集中，对未达到申报标准但具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构将依法进行调查处理。

⁵³ 参见市场监管总局对某互联网企业作出责令解除网络音乐独家版权等处罚的公告，https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202107/t20210724_333016.html。

⁵⁴ 国家市场监督管理总局行政处罚决定书（国市监处〔2021〕29号），具体链接请见http://www.samr.gov.cn/xw/zj/202104/t20210415_327851.html。

⁵⁵ 浙市监案〔2021〕4号，具体链接请见https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202109/t20210927_335175.html。

对于纵向转售价格维持，反垄断执法机构的执法思路目前为原则禁止 + 例外豁免。《修正草案》指出，如果经营者能够证明转售价格维持的纵向垄断协议不具有排除、限制竞争效果，将不予禁止。这意味着，在未来的执法过程中，反垄断执法机关可能会更多地听取企业对于纵向垄断协议竞争效果的陈述和抗辩，并就这一问题进行更深入地论证。尽管如此，根据以往的执法案例情况，即使企业在所在商品市场的市场份额较低，要成功证明其转售价格维持不具有排除限制竞争效果可能仍然面临极大的难度⁵⁶。

（二）关注渠道划分、独家交易等纵向非价格限制的合规风险

在经销体系构建中，纵向非价格限制主要包括地域限制或客户限制。《关于汽车业的反垄断指南》（“《汽车业反垄断指南》”）指出，对于不具有显著市场力量的经营者从事的地域限制和客户限制，一般推定不具有排除、限制竞争影响，但是特定类型的地域限制和客户限制（如限制被动销售，以及限制经销商之间的交叉供货等）通常能够削弱品牌内竞争、分割市场、形成价格歧视，可能产生排除、限制竞争的影响。类似的，一些地方性反垄断合规指引中也提示了纵向非价格限制的反垄断风险⁵⁷。

针对线上销售模式的一些新兴问题，需注意以下风险：

- **限制经销商从事线上销售：**目前，在公开的执法案例中尚没有对限制经销商从事线上销售予以处罚的案例。但是，市场监管总局在其公开出版物中曾指出⁵⁸，反垄断执法机构在判断限制在线销售的合法性过程中，可以考虑将相关限制区分为“全面禁止在线销售”和“部分禁止第三方平台在线销售”两种类型：针对前一种情形参照纵向价格限制适用“禁止 + 豁免”原则，由涉案经营者主张个案豁免；针对第二种情形，更为偏向适用“合理”原则，分析对市场的影响，并考虑是否存在合理理由，如为了维护品牌形象而做出必要限制。
- **限制线上经销商的被动销售：**根据《汽车业反垄断指南》中所阐述的原则，通过电商销售向不特定客户群体进行销售通常应被视为被动销售，不应予以限制。

此外，平台企业常见的具有反垄断风险的纵向安排通常包括：

- **独家销售、独家购买：**实践中，平台经营者可能要求平台内经营者签署具有独家交易协议，限制平台内经营者在竞争性平台销售商品或展示作品。《北京市平台经济领域反垄断合规指引》（“《北京市平台经济指引》”）⁵⁹指出，排他性协议可能具有正当理由，但如果该平台经营者在相关市场拥有一定的市场势力，排他性协议具有明显的排除、限制竞争的目的或效果，有可能构成纵向垄断协议。
- **最惠国待遇条款：**平台经营者可能要求平台内经营者在商品价格、数量等方面向其提供等于或优于其他竞争性平台的交易条件。《平台经济反垄断指南》和《北京市平台经济指引》均指出，最惠国待遇条款可能构成垄断协议，也可能构成滥用市场支配地位行为⁶⁰。分析是否构成垄断协议，

⁵⁶ 参见某医药企业实施垄断协议行为案（国市监处〔2021〕29号行政处罚决定书）。在该案件中，被调查的经营者提出，其产品市场份额较低，相关行为不会影响市场竞争。但是，市场监管总局基于以下理由认为其抗辩不成立：首先，经过国务院反垄断委员会专家咨询组成员召开专家论证会，专家一致认为达成转售价格维持的协议目的就是为消除竞争；同时，当事人的垄断行为直接或间接提高了相关产品价格，导致零售价格以及医院价格没有降到其应降到的竞争水平价格，损害了消费者的利益。

⁵⁷ 例如《上海市经营者反垄断合规指引》提示了排他性销售、排他性购买、地域限制等风险。《江苏省经营者反垄断合规指引》提示了地域限制、客户限制和包含排他性条款的协议的反垄断风险。《浙江省企业竞争合规指引》和《湖南省经营者反垄断合规指引》也提示了包含排他性条款的协议的反垄断风险。

⁵⁸ 国家市场监督管理总局反垄断局，《垄断协议经典案例选编》第403页。

⁵⁹ 《北京市平台经济指引》（2021年版）是由北京市市场监管发展研究中心和中国政法大学竞争法研究中心组成课题组研究制定并对外发布的，参见http://scjgj.beijing.gov.cn/zwxx/scjgdt/202112/t20211209_2557026.html。参见（二）纵向垄断协议的行为表现和风险提示，第（2）部分国务院反垄断执法机构认定的其他纵向垄断协议。

⁶⁰ 参见《北京市平台经济指引》（二）纵向垄断协议的行为表现和风险提示第（3）部分最惠国条款。

需综合考虑平台经营者的市场力量、相关市场竞争状况、对其他经营者进入相关市场的阻碍程度、对消费者利益和创新的影响等因素。

（三）展望 2022

在电商平台、数字经济日益普遍的今天，许多传统企业正在考虑重新布局经销体系。经销商如何构建线上销售渠道、可否进行价格管控或做出其他限制等，正在成为企业合规的新课题。对于经销体系管控的反垄断执法将更加深入，除了纵向转售价格维持外，多部指南中已提示风险的重点关注行为，可能成为反垄断执法的新热点。

三、轴辐协议、算法合谋等纳入横向协议监管

横向垄断协议中的核心卡特尔（即价格、数量协同和市场划分）一直是反垄断监管的重点。而在传统的协议形式之外，多部指南已提示轴辐协议、算法合谋等也可能被认定为横向垄断协议。

（一）横向卡特尔仍是监管重点，多件案件涉及行业协会

2021 年，反垄断执法机构共发布了 15 起垄断协议的处罚案件，其中 6 起案件涉及行业协会。对于这 6 起案件，反垄断执法机构根据《反垄断法》第 16 条对涉案行业协会进行了处罚⁶¹。相关案件中，行业协会主要通过召集会议、发布通知、起草制定文件等方式，协调相关企业达成或实施了固定价格、限制销售数量、或划分销售市场的横向垄断协议⁶²。

（二）轴辐协议和算法合谋被纳入监管

《修正草案》以及多部指南特别提示了轴辐协议和算法合谋等新的横向垄断协议表现形式的风险：

- **轴辐协议：**《修正草案》明确了“经营者不得组织其他经营者达成垄断协议，或为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助”⁶³。该条被业内广泛评价为，其立法目的为弥补《反垄断法》对轴辐协议规制的缺失。如何解读“实质性帮助”，仍需要未来通过细化的规则和执法和予以澄清。

企业需要特别关注是否存在可能产生协助其他经营者达成横向垄断协议效果的风险。比如，企业对其经销商发布关于价格、促销、数量等政策，进行统一沟通管理，搭建共通平台时，可能促成多名经销商在价格、数量等方面达成一致。

- **算法合谋：**《平台经济反垄断指南》和《北京市平台经济指引》均提示了具有竞争关系的平台领域经营者可以通过利用平台收集并且交换价格、销量、成本、客户等敏感信息，利用技术手段进行意思联络，利用数据、算法、平台规则等实现协调一致行为⁶⁴。

实践中，根据算法所起到的不同作用，算法合谋通常可以分为信使型 / 工具型（即经营者将计算机和算法视作辅助共谋的工具，用来确定价格、监督竞争对手，并捍卫卡特尔组织成员之间的合

⁶¹ 《反垄断法》第 16 条规定，行业协会不得组织本行业的经营者从事及本章禁止的垄断协议。

⁶² 如某旅游行业协会组织部分游船公司达成并实施垄断协议案，以及某消防协会及 21 家会员单位达成并实施垄断协议案。

⁶³ 参见《修正草案》第 18 条。

⁶⁴ 参见《平台经济反垄断指南》第 6 条。《北京市平台经济指引》第 6 页第 1 点。

作)、轴辐型(即市场中众多的参与者使用同一个定价算法)、以及默许共谋型(即有意识的平行行为,在该种情况下,经营者之间可能没有直接的交流,但经营者可能知晓算法的大致情况及其预期结果,并利用算法的预期结果实现协同行为)等。针对利用算法达成协同行为具有隐蔽性,《平台经济反垄断指南》指出可以根据逻辑一致的间接证据,认定经营者对相关信息的知悉状况,判定协同行为的存在⁶⁵。

(三) 展望 2022

执法机关已经开始关注达成横向垄断协议的新型做法。在平台经济加强监管的大背景下,企业在与竞争对手以及经销商的信息交流过程中,应当避免通过数据、算法、平台规则、技术手段交换竞争敏感信息,以降低被认为通过轴辐、算法等方式或媒介达成合谋的风险。

四、处罚和指导并重,反垄断违法成本将大幅提高

2021 年反垄断执法机构贯彻了处罚与教育相结合的原则,对涉事企业不仅作出行政处罚,而且还通过约谈、下发《行政指导书》等方式要求企业进行全面整改。结合《修正草案》对处罚责任的修改,企业的违法成本预计将大幅提高。

(一) 执法案件处罚情况重点回顾

回顾 2021 年的执法处罚决定,以下特点值得关注:

- 由于违法所得计算困难,2021 年仍仅有 8 起案件对涉案企业没收了违法所得。但是,《修正草案》中规定,对于违法所得计算困难的,应将该情况考虑如罚款计算,这意味着,罚款的计算可能会适当增加⁶⁶。
- 在确定罚款金额时,反垄断执法机构一般会考虑违法行为的持续时间、对市场和消费者的影响、配合调查情况、以及承诺整改等因素。
- 在某药品供应企业实施垄断协议行为案中⁶⁷,反垄断执法机构考虑了母、子公司在违法行为中的作用等方面,认为母公司是垄断协议的决策者、实施者和监督者,子公司意志具有从属性。因此,对母公司进行了处罚(而非仅处罚直接参与垄断协议的子公司)。

(二) 要求当事人全面整改,构建合规体系

在 2 起涉及互联网企业的处罚中,反垄断执法机构还下发了《行政指导书》⁶⁸,要求当事人规范自身竞争行为、进行全面整改,主要包括:

- **全面规范竞争行为:**对各项业务开展全面深入自查;不得利用技术手段、平台规则和数据算法等,实施垄断协议和滥用市场支配地位行为。

⁶⁵ 参见《平台经济反垄断指南》第 9 条。

⁶⁶ 参见《修正草案》第 59 条。

⁶⁷ 参见国市监处〔2021〕29 号行政处罚决定书。

⁶⁸ 市场监管总局发布某平台企业在中国境内网络餐饮外卖平台服务市场垄断案行政处罚决定书和行政指导书,参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202110/t20211008_335367.html; 市场监管总局发布某平台企业在中国境内网络零售平台服务市场垄断案行政处罚决定书和行政指导书,参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210409_327698.html。

- **严格落实企业主体责任：**建立企业的外部评价机制，自觉接受社会监督；建立投诉举报渠道和处理制度；对竞争问题定期分析研判制度，加强与监管部门沟通，及时完善内部制度规则；积极通过技术革新等开展良性竞争，实现创新发展。
- **完善企业内部监督管理制度：**建立全方位全流程合规控制体系，对一线业务人员管理权限进行有效管控；建立并有效执行反垄断合规制度，明确合规管理要求和流程；定期开展公司高管和全体工作人员合规培训，增强反垄断合规意识。

（三）《修正草案》加大对垄断行为的处罚力度

处罚对象	现行《反垄断法》	《修正草案》
达成并实施垄断协议	没收违法所得，并处上一年度销售额1%以上10%以下的罚款	<ul style="list-style-type: none"> • 没收违法所得，并处上一年度销售额1%以上10%以下的罚款 • 针对达成并实施垄断协议，且上一年度没有销售额的经营者，罚款上限确定为500万元以下
尚未实施所达成的垄断协议的	50万元以下的罚款	300万元以下的罚款
情节特别严重的情况	无规定	对于情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的违法行为，以及拒绝配合调查的行为，可以按照相关规定的罚款数额的二倍以上五倍以下处以罚款

- **增加个人责任：**达成垄断协议企业的法定代表人、主要负责人和直接责任人员，可处以100万元以下罚款⁶⁹；
- **引入刑事责任：**经营者违反反垄断法，构成犯罪的，依法追究刑事责任⁷⁰。目前，我国《刑法》尚未针对经营者的垄断行为规定相应的刑事责任，对于垄断行为的刑事责任仍有待《刑法》及相关修正案进一步明确；
- 受到行政处罚将载入信用记录，并对严重违法失信行为给予信用惩戒⁷¹。

（四）展望 2022

执法机构将更为重视企业反垄断合规体系的搭建，以建立全面的企业合规文化。但在面对具体的违法行为时，执法机构的处罚可能会更加严厉，企业违法成本预计将大幅提高。主动建立完善的反垄断合规体系，对于降低违法风险至关重要。

五、加强对“抢跑”案件查处，完善经营者集中审查制度

2021年，市场监管总局重点关注了未依法申报而实施集中（“抢跑”）的案件，共对107起案件作出处罚，并做出了自《反垄断法》实施以来第3起禁止集中的决定。

⁶⁹ 参见《修正草案》第56条。

⁷⁰ 参见《修正草案》第67条。

⁷¹ 参见《修正草案》第64条。

（一）加强对“抢跑”案件的调查和处罚力度

2021 年对抢跑案件的执法呈现了以下特点：

- **提高处罚力度：**在全年 107 起处罚决定中，99 起中对涉案经营者进行了顶格罚款 50 万元人民币，这在 2021 年以前的执法中是极为罕见的。同时，市场监管总局还在一起应报未报案件中首次附加限制性条件以恢复市场竞争状态（请见第六部分详细介绍）。
- **重点查处互联网行业案件。**在 107 起处罚决定中，涉及互联网行业的共计 98 件，占比高达 91.6%，且全部为顶格处罚。
- **少数股权收购触发申报义务。**在 107 起应报未报处罚决定中，55 起涉及对小于 30% 股权的收购，其中 11 起股权收购比例不超过 10%。在其中一起处罚案件中，执法机构认定，股权比例排名第一（45%）和第三（15%）的股东对合营企业有共同控制权，而股权比例第二（28%）的股东反而对合营企业没有控制权。可见，持股比例并非认定控制权的决定性标准，需要结合标的公司的治理结构、业务关系等各方面因素进行综合分析。
- 对于少数股权收购触发申报义务的更详细分析，请参见《从反垄断新年首罚看少数股权投资中的经营者集中常见风险》⁷²。

此外，《修正草案》对违法实施集中大幅提高了处罚力度：

处罚对象	现行《反垄断法》	《修正草案》
违法实施集中	50 万元以下罚款	1. 具有排除、限制竞争效果的，处上一年度销售额百分之十以下的罚款
		2. 不具有排除、限制竞争效果的，处五百万元以下的罚款

对于《修正草案》生效后，在此之前已违法实施集中的交易，不排除可能由于其经营者集中一直处于违法状态，而在新法实施后，追溯适用新法下的罚则。因此，我们注意到很多企业已经开始对历史上的未依法申报实施集中的情况进行自查，并主动报告市场监管总局，排除在新法生效后产生更大的合规风险。

⁷² 参见 <https://mp.weixin.qq.com/s/L2qgOGNdZ2HhMcSkq0nEvQ>。

（二）作出第三件禁止交易的审查决定

2021年7月10日，市场监管总局公布了禁止两家互联网游戏直播公司合并案的决定⁷³。两家游戏直播公司为市场中排名前两位的竞争对手，并由同一家具有极强市场力量的互联网游戏公司控制。市场监管总局认定，两家游戏直播公司的合并将强化该互联网游戏公司在游戏直播市场上的支配地位，并导致其取得对上游网络游戏运营市场和下游网络游戏直播市场进行双向封锁的能力和动机，而申报方提出的承诺方案无法有效减少前述不利影响，因此禁止了此次交易。本案是《反垄断法》实施以来的第三件禁止集中交易的决定。

（三）提示境外申报义务

2021年11月15日，市场监管总局公布了《境外合规指引》，其中特别提示了企业在开展相关境外交易前，应全面了解各相关司法辖区的申报要求，充分利用境外反垄断执法机构的事前商谈机制，评估申报义务并依法及时申报。

- **判断相关交易是否触发申报义务：**不同司法辖区判断一起交易是否应当申报的标准各不相同。比如，欧盟等司法辖区主要根据营业额设定了申报标准；美国等司法辖区设置交易规模、交易方资产额、营业额等多元指标；澳大利亚等司法辖区则考察集中是否会或可能会对本国市场产生实质性限制竞争效果，并主要以市场份额作为是否申报或者鼓励申报的初步判断标准。
- **相关交易的申报时点：**不同司法辖区对于申报时点的要求也有所不同，多数司法辖区要求在集中实施前进行申报，获得批准前不得进行交割；但也有部分司法辖区根据集中类型、企业规模和交易规模确定了不同的申报时点，例如泰国；部分司法辖区要求企业不晚于集中实施后的一定期限内进行申报，例如印度尼西亚。
- **未依法申报的后果：**如未能依法在相关司法辖区进行反垄断申报，除可能会遭受巨额罚款外，企业还可能面临包括暂停交易、恢复原状、附加限制性条件等后果。

为应对境外反垄断申报可能带来的潜在合规风险，企业在开展相关交易前应尽早组建工作团队，积极进行全球反垄断评估，充分考虑不同司法辖区申报对于交易时间线的影响。同时，建议企业尽早制定统一的全球申报策略，并协调各境外司法辖区的反垄断申报工作，减少在搜集以及提供信息方面的负担。对于境外反垄断申报更详细的分析，请参见《反垄断审查——境外投资不得不说的那些事儿》⁷⁴。

（四）拟建立经营者集中审查的“停表”制度

《修正草案》引入了经营者集中审查的“停表”制度，即反垄断执法机构在下列情形下可决定中止计算经营者集中的审查期限⁷⁵：

- 经营者未按照规定提交文件、资料，导致审查工作无法进行；
- 出现对经营者集中审查具有重大影响的新情况、新事实，需要进行核实；
- 对经营者集中附加的限制性条件需要进一步评估，且经营者同意。

⁷³ 参见市场监管总局关于禁止2家互联网游戏直播公司合并案反垄断审查决定的公告 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjgz/202107/t20210708_332421.html。

⁷⁴ 参见 https://mp.weixin.qq.com/s/hO8XjxV-G3wyEqHiJC_OlA。

⁷⁵ 参见《修改草案》第32条。

在实践中，针对复杂案件，反垄断执法机构可能无法在审查期限完成审查，因此存在撤回申报并重启的程序性操作，尤其是在涉及附加限制性条件的案件中并不少见。“停表”制度无疑增加了经营者集中审查时限的弹性，避免僵化适用审限要求所带来的不必要的程序性操作。但同时，对于绝大多数并不具有竞争影响的交易来说，“停表”制度的适用是否会导致审查时间表的延长，还有待观察制度实际落地后的施行效果。

（五）展望 2022

2022 年，市场监管总局应会继续保持对抢跑的严格执法。而在修订后的《反垄断法》施行后，对于应报未报案件的罚款额度将进一步加大。企业应更加重视境内外经营者集中申报的合规工作，并在交易的规划和谈判中充分考虑申报对交易时间线的影响。

六、通过行为救济解决市场竞争问题

2021 年，市场监管总局继续对可能对市场竞争产生影响的交易进行严格审查。市场监管总局附条件批准了 4 起经营者集中申报案件，具体包括：某信息技术网络公司收购某光通信公司股权案⁷⁶（“光传输系统案”）、某跨国工业集团公司收购某工业制品公司部分业务案⁷⁷（“液压马达案”）、某工业制品公司收购某测试模拟公司股权案⁷⁸（“电液伺服材料测试设备案”）以及某电子公司收购某半导体和计算科技公司部分业务案⁷⁹（“固态硬盘案”）。

此外，为解决交易可能带来的限制、排除竞争的效果，市场监管总局在互联网音乐案⁸⁰中，首次对违法实施经营者集中案件附加限制性条件，恢复市场竞争状态。

（一）独立评估相关集中对中国市场产生的影响

一如既往地，市场监管总局就交易可能对中国市场产生的影响开展独立的评估。光传输系统案⁸¹和固态硬盘案⁸²在其他需要申报的司法辖区均获得无条件批准，电液伺服材料测试设备案未在其他司法辖区进行反垄断申报。但是，市场监管总局认为上述交易对中国市场可能造成排除、限制竞争的影响，因此附加了限制性条件，包括保持供应、不得搭售 / 捆绑销售、FRAND 承诺等。

（二）行为性救济条件仍受青睐

在市场监管总局以往的实践中，采用行为性条件解决市场竞争问题的案件比例较高。在 2021 年，行为性救济条件仍然受到市场监管总局的青睐。在 4 起附条件批准的申报案件中，3 起均采用了行为性救济条件，主要包括：

⁷⁶ 市场监管总局关于附加限制性条件批准光传输系统案反垄断审查决定的公告，参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjz/202101/t20210119_325338.html。

⁷⁷ 市场监管总局关于附加限制性条件批准液压马达案反垄断审查决定的公告，参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjz/202106/t20210607_330289.html。

⁷⁸ 市场监管总局关于附加限制性条件批准电液伺服材料测试设备案反垄断审查决定的公告，参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjz/202111/t20211118_336984.html。

⁷⁹ 市场监管总局关于附加限制性条件批准固态硬盘案反垄断审查决定的公告，参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjz/202112/t20211222_338317.html。

⁸⁰ 市场监管总局发布互联网音乐案行政处罚决定书（国市监处〔2021〕67号），参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202107/t20210724_333020.html。

⁸¹ 根据公开信息，光传输系统案分别在美国、德国以及奥地利获得无条件批准，参见 <https://app.parr-global.com/deals/view/1854146>。

⁸² 根据公开信息，固态硬盘案分别在欧盟、英国、新加坡、中国台湾、韩国取得无条件批准，参见 <https://app.parr-global.com/deals/view/2120376>。

行为性救济措施	相关案件
保持供应	保持供应通常用于解决由于集中后实体在相关市场中具有较强的市场地位或者由于客户对上游供应依赖程度高等原因造成的集中后实体可能产生的封锁效应。例如，在光传输系统案中，中国光传输系统厂商在相干数字信号处理器上高度依外部供应，而集中后实体具有对相干数字信号处理器实施原料封锁的能力及动力。为此，市场监管总局要求交易双方以及集中后实体继续履行现有客户合同，除非相关中国客户自行决定中止，不得终止现有客户合同。
不得搭售 / 捆绑销售	具备实施搭售 / 捆绑销售能力的经营者一般对相关市场具有较强的控制力，可以凭借在一个相关市场中的优势或者市场支配地位向另一市场传递市场力量。在 2021 年的两起案件中，市场监管总局附加了不得搭售 / 捆绑销售的行为性条件 ⁸³ 。
FRAND 承诺	实践中，对于中国市场和客户较为依赖的产品，特别是在可能产生原料封锁的情况下，或者在集中可能增强相关市场竞争者协调价格的动机和能力的情况下，市场监管总局可能会对交易方附加依照公平、合理、无歧视的原则（FRAND 原则）向中国市场持续供应的条件。 例如，在固态硬盘案中，交易完成后，SATA 企业级固态硬盘市场主要竞争者由 4 家减少为 3 家，PCIe 企业级固态硬盘市场主要竞争者由 3 家减少为 2 家，全球合计市场份额均超过 80%，市场监管总局考虑到交易将提高 SATA 企业级固态硬盘市场和 PCIe 企业级固态硬盘市场集中度，增强集中后实体的市场控制力，影响向中国市场的产品供应，附加了要求集中后实体依据公平、合理、无歧视原则向中国境内市场继续供应所有产品的行为性条件。

此外，为解决集中带来的横向竞争担忧，反垄断执法机构通常会附加剥离的结构条件或者保持独立性的行为性条件，但在电液伺服材料测试设备案和固态硬盘案中，市场监管总局并未采取过往的通常做法，而是附加了保持供应、确保价格不超过交易前相当条件下的平均价格、FRAND 承诺、不得搭售 / 捆绑销售或附加不合理条件、不得强制排他性采购等行为性条件来解决横向竞争担忧。在固态硬盘案中，市场监管总局还首次要求集中后实体帮助一个第三方竞争者进入相关市场，这既是行为性条件，某种程度上也可看做是结构性条件。

（三）首次对违法实施集中附加条件恢复市场竞争状态

2021 年 7 月 24 日，市场监管总局对互联网音乐案作出处罚决定⁸⁴。市场监管总局认为，涉案互联网公司通过此次交易在中国境内网络音乐播放平台市场获得较高市场份额，可能使其有能力促使上游版权方对其独家版权授权，或向其提供优于竞争对手的条件，也可能使该互联网公司有能力通过支付高额预付金等方式提高进入壁垒，具有或可能具有排除、限制竞争的效果。市场监管总局对该交易的应报未报问题处以人民币 50 万元的罚款，同时责令涉案互联网公司（1）不得与版权方达成独家版权协议或其他排他协议；（2）没有正当理由，不得要求上游版权方给予当事人优于其他竞争对手的条件；（3）不得通过高额预付金等方式变相提高竞争对手成本，排除、限制竞争；（4）依法申报经营者集中；（5）依法合规经营，建立健全公平参与市场竞争的长效机制。

该案是反垄断执法机构自《反垄断法》实施以来首次通过附加限制性条件的形式，对违法实施经营

⁸³ 即固态硬盘案、光传输系统案。

⁸⁴ 市场监管总局发布互联网音乐案行政处罚决定书（国市监处〔2021〕67 号），参见 https://www.samr.gov.cn/fljdj/tzgg/xzcf/202107/t20210724_333020.html。

者集中对市场已经造成的排除、限制竞争影响进行纠正，恢复市场竞争状态。同时，值得注意的是，该案的限制性条件并不局限于该次交易，同时附加了前瞻性的条件，要求相关企业未来从事交易时需要依法申报经营者集中：例如要求该互联网公司未达到申报标准的交易，如果具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，均应事先申报；而对于未构成经营者集中的，除法律规定的保护小股东权益事项外，要求该互联网公司不得参与企业经营决策，并应每年向市场监管总局报告交易基本情况等。该案件对于市场中类似的商业模式和未来的投融资交易都产生了较大的影响。

（四）展望 2022

2022 年，市场监管总局将继续严格审查可能具有排除、限制竞争影响的复杂交易，并继续关注解决针对中国的特定竞争问题。对于可能排除、限制竞争影响的应报未报案件，市场监管总局也可能将采取限制性条件，恢复竞争状态。因此，拟进行并购交易的各方需要审慎评估申报义务和竞争影响，重点考虑交易对中国市场和客户的影响，尽早考虑申报策略和必要的应对措施，以减轻对交易乃至集中后业务的影响。

七、反垄断诉讼升温，“拒绝交易”行为频繁被诉

回首 2021 年度，反垄断诉讼热度持续提升，其中部分互联网诉讼等重大案件引发社会广泛关注。反垄断诉讼已成为企业维护权益、实现商业目标的重要武器。

（一）“拒绝交易”成为反垄断诉讼中的争论焦点

2021 年正在进行的反垄断民事诉讼案件中，企业“拒绝交易”行为频繁被诉。根据公开信息，至少在互联网平台封禁案、某软件公司诉某互联网平台案、以及非标准必要专利必需设施纠纷案件中，拒绝交易行为成为争论焦点。

案件	案件背景	进程
互联网平台封禁案 ⁸⁵	某互联网公司向北京知识产权法院提交诉状，主张自 2018 年开始某互联网即时通信平台限制用户分享来自其短视频平台的内容，构成了《反垄断法》所禁止的滥用市场支配地位行为。	2021 年 2 月 7 日，北京知识产权法院正式立案，目前正在审理中。
某软件公司诉某互联网平台案 ⁸⁶	2021 年 11 月 8 日，某软件公司公开发文称，其以某互联网平台拒绝数据许可的行为构成垄断为由，向长沙中院提起诉讼，请求法院判令对方应以合理条件允许该软件公司使用其数据，并赔偿其经济损失。 该案是国内首起就数据开放问题提起的反垄断诉讼。	2021 年 11 月 8 日，某软件公司向长沙中院提起诉讼，已被正式受理，目前正在审理中。
非标准必要专利“必需设施”纠纷案	2021 年 4 月 23 日，浙江省宁波中级人民法院（“宁波法院”）就某高新技术企业诉某跨国公司滥用市场支配地位纠纷案作出一审民事判决。该案中，宁波法院认为被诉企业拥有的相关非标准必要专利对生产烧结铁棚而言必不可少，构成“必需专利”，因此其拒绝授权行为违反《反垄断法》。	该案已上诉至最高人民法院，2021 年 11 月 23 日进行了开庭审理。

⁸⁵ 互联网平台封禁案，相关新闻参见 <https://finance.sina.com.cn/stock/s/2021-02-15/doc-ikftssap5906830.shtml>。

⁸⁶ 某软件企业诉某互联网平台案，相关新闻参见 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1716098728190687828&wfr=spider&for=pc>。

在互联网领域，平台的封禁行为已成为继“二选一”之后新的争议焦点。《平台经济反垄断指南》指出，经营者拒绝交易相对人以合理条件使用其必需设施将构成拒绝交易行为。但是，认定拒绝交易是否始终需要相关企业所提供的服务构成“必需设施”为必要前提，以及对于认定“必需设施”需要满足怎样的标准（如必需设施是进入相关市场必不可少的⁸⁷，或是参与有效竞争所必须⁸⁸），仍有待相关案例予以明晰。

（二）公益诉讼或将成为反垄断诉讼的一种新形式

《修正草案》从法律层面提出了反垄断法下检察院的公益诉讼制度：经营者实施垄断行为，侵害社会公共利益的，人民检察院可以向人民法院提起民事公益诉讼⁸⁹。截至2020年底，已有18个省级人大常委会通过决定或决议，授权检察机关在互联网侵害公益、个人信息保护等相关领域探索公益诉讼实践⁹⁰。贵州检察机关办理的网络餐饮平台不正当竞争公益诉讼案，也被最高院评为典型公益诉讼案例⁹¹。对于涉及民生等重要领域的垄断行为，如平台二选一、大数据杀熟等，未来可能会出现更多的检察院公益诉讼。

（三）展望 2022

平台经济领域反垄断在反垄断民事诉讼领域预计将继续保持活跃和热度。平台企业的封禁行为，以及相关服务、或数据等资源是否构成“必需设施”可能将引发更多的争议和讨论。此外，《修正草案》中提出反垄断公益诉讼机制，预期未来可能会出现反垄断领域的检察院公益诉讼。

⁸⁷ 参见 *Verizon Communication Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398 (2004) 和 *Case C-41801 IMS Health* [2004] 4 C.M.L.R. 28 等案例，在该等案例中，美国法院和欧盟委员会指出，如果上游市场中的一个主导企业控制了下游生产不可缺少且不可复制的必需设施，则其有义务让下游厂商以适当的商业条款使用该设施。

⁸⁸ 参见 *Case T-20104 Microsoft v Commission* [2007] 5 CMLR 11，在该案中，欧盟委员会不再要求拒绝交易会排除所有竞争，存在排除有效竞争的可能性即可。

⁸⁹ 参见《修正草案》第60条。

⁹⁰ 参见最高人民法院加强公益诉讼，https://www.spp.gov.cn/spp/zd gz/202104/t20210408_515117.shtml。

⁹¹ 参见法制生活报，http://szb.fzshb.cn/fzshb/20201223/html/page_06_content_000.htm。

附件一：反垄断执法规定及合规指南一览表

相关领域	规定 / 指南名称	公布时间	制定部门
垄断行为执法规定	禁止垄断协议暂行规定	2019年7月1日	市场监管总局
	禁止滥用市场支配地位行为暂行规定	2019年7月1日	市场监管总局
	关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定（2020年修订版）	2020年11月3日	市场监管总局
	制止滥用行政权力排除、限制竞争行为暂行规定	2019年7月1日	市场监管总局
	市场监督管理总局行政处罚案件违法所得认定办法（征求意见稿）	2021年12月6日	市场监管总局
经营者集中审查规定	经营者集中审查暂行规定	2020年10月23日	市场监管总局
行业性或特定领域指南	关于汽车业的反垄断指南	2019年1月4日印发 2020年9月18日对外公布	国务院反垄断委员会
	关于知识产权领域的反垄断指南	2019年1月4日印发 2020年9月18日对外公布	国务院反垄断委员会
	关于平台经济领域的反垄断指南	2021年2月7日	国务院反垄断委员会
	关于原料药领域的反垄断指南	2021年11月18日	国务院反垄断委员会
	横向垄断协议案件宽大制度适用指南	2019年1月4日印发 2020年9月18日对外公布	国务院反垄断委员会
	垄断案件经营者承诺指南	2019年1月4日印发 2020年9月18日对外公布	国务院反垄断委员会

相关领域	规定 / 指南名称	公布时间	制定部门
网络平台监管规定	网络交易监督管理办法	2021年3月15日	市场监管总局
	禁止网络不正当竞争行为规定（征求意见稿）	2021年8月17日	市场监管总局
	互联网平台分类分级指南（征求意见稿）	2021年10月29日	市场监管总局
	互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）	2021年10月29日	市场监管总局
合规指南	经营者反垄断合规指南	2020年9月18日	国务院反垄断委员会
	企业境外反垄断合规指引	2021年11月18日	市场监管总局
地方合规指引	浙江省、上海市、河南省、山东省、吉林省、河北省、湖北省、四川省、贵州省、天津市、江苏省、湖南省、陕西省、北京市分别出台反垄断合规指引	/	地方市监部门

附件二：2021 年度垄断行为处罚案件统计

（一）垄断协议案件

2021 年，反垄断执法机构一共作出 15 件涉及垄断协议的处罚案件，其中横向垄断协议 13 件，涉及建材、医药、旅游、消防、保险、汽车、驾驶培训、公用事业、物流等行业，5 件案件涉及行业协会。13 件案件中，12 件案件涉及固定/变更价格，2 件案件涉及限制商品销量，8 件案件涉及分割市场。2 件案件涉及纵向垄断协议，涉及医药和零售，均涉及纵向价格维持。

序号	案例名称	行业	垄断协议						
			横向垄断协议					纵向垄断协议	
			固定/变更价格	限制商品销量	分割销售市场/原材料采购市场	限制购买/开发新技术、新产品	联合抵制	固定转售价格/限定最低转售价格	客户/地域限制
1	某旅游行业协会组织部分游船公司达成并实施垄断协议案 ⁹²	旅游	✓	✓					
2	某消防协会及 21 家会员单位达成并实施垄断协议案 ⁹³	消防	✓	✓					
3	某保险行业协会组织本行业经营者达成并实施垄断协议案 ⁹⁴	保险	✓						
4	某二手车行业协会组织 9 家二手车交易市场企业达成并实施垄断协议案 ⁹⁵	汽车	✓						
5	9 家驾校达成并实施垄断协议案 ⁹⁶	驾驶培训			✓				

⁹² 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202101/t20210129_325651.html。

⁹³ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202101/t20210129_325654.html。

⁹⁴ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202101/t20210129_325653.html。

⁹⁵ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202101/t20210129_325655.html。

⁹⁶ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202101/t20210129_325658.html。

序号	案例名称	行业	垄断协议						
			横向垄断协议					纵向垄断协议	
			固定 / 变更价格	限制商品销量	分割销售市场 / 原材料采购市场	限制购买 / 开发新技术、新产品	联合抵制	固定转售价格 / 限定最低转售价格	客户 / 地域限制
6	某水泥企业及相关企业达成并实施垄断协议案 ⁹⁷	建材 (水泥)	✓	✓	✓				
7	某水泥协会组织6家水泥经营者达成并实施垄断协议案 ⁹⁸	建材 (水泥)	✓						
8	5家石化企业达成并实施垄断协议案 ⁹⁹	公用事业 (瓶装液化气充装)	✓		✓				
9	3家药企达成并实施垄断协议案 ¹⁰⁰	医药	✓		✓				
10	2家商砼生产企业达成并实施垄断协议案 ¹⁰¹	建材 (混凝土)	✓		✓				
11	3家药企达成并实施垄断协议案 ¹⁰²	医药	✓		✓				
12	某混凝土协会及其会员企业垄断协议案 ¹⁰³	建材 (混凝土)	✓	✓	✓				

⁹⁷ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202102/t20210209_326018.html。

⁹⁸ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202103/t20210318_327032.html。

⁹⁹ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202103/t20210318_327033.html。

¹⁰⁰ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210430_328493.html。

¹⁰¹ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202107/t20210715_332678.html。

¹⁰² 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202107/t20210716_332773.html。

¹⁰³ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202108/t20210819_333813.html。

序号	案例名称	行业	垄断协议						
			横向垄断协议					纵向垄断协议	
			固定 / 变更价格	限制商品销量	分割销售市场 / 原材料采购市场	限制购买 / 开发新技术、新产品	联合抵制	固定转售价格 / 限定最低转售价格	客户 / 地域限制
13	3家物流企业达成并实施垄断协议案 ¹⁰⁴	物流	✓		✓				
14	某药品供应企业实施垄断协议案 ¹⁰⁵	医药						✓	
15	某零售电器供应商达成并实施垄断协议案 ¹⁰⁶	(电器)零售						✓	

(二) 滥用市场支配地位案件

2021年，反垄断执法机构一共作出11件涉及滥用市场支配地位的案件，涉及医药、互联网、原油燃料、公用事业行业，其中3件案件涉及以不公平高价销售商品，1件案件涉及拒绝交易，4件案件涉及限定交易对象，6件案件涉及附加不合理的交易条件。

序号	案例名称	行业	滥用市场支配地位					
			以不公平的高价(低价)销售(购买)商品	以低于成本的价格销售商品	拒绝交易	限定交易	搭售 / 附加不合理的交易条件	差别待遇
1	某药企滥用市场支配地位案 ¹⁰⁷	医药			✓			
2	某供水公司滥用支配地位案 ¹⁰⁸	公用事业(城市水务)					✓	

¹⁰⁴ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202111/t20211118_336968.html。

¹⁰⁵ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202104/t20210415_327851.html。

¹⁰⁶ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202109/t20210927_335175.html。

¹⁰⁷ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202101/t20210129_325644.html。

¹⁰⁸ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202102/t20210218_326110.html。

序号	案例名称	行业	滥用市场支配地位					
			以不公平的高价(低价)销售(购买)商品	以低于成本的价格销售商品	拒绝交易	限定交易	搭售 / 附加不合理的交易条件	差别待遇
3	某天然气公司滥用市场支配地位案 ¹⁰⁹	公用事业 (管道燃气供应)					√	
4	某平台企业在中国境内网络零售服务市场垄断案 ¹¹⁰	互联网				√		
5	上海某平台企业滥用市场支配地位案 ¹¹¹	互联网				√		
6	某供水公司滥用市场支配地位案 ¹¹²	公用事业 (城市水务)					√	
7	某原油燃料公司滥用市场支配地位案 ¹¹³	原油燃料					√	
8	某平台企业在中国境内网络餐饮外卖平台服务市场垄断案 ¹¹⁴	互联网				√		
9	某药企滥用市场支配地位案 ¹¹⁵	医药	√					
10	某燃气公司滥用市场支配地位案 ¹¹⁶	公用事业 (管道燃气供应)	√			√	√	
11	某药企滥用市场支配地位案 ¹¹⁷	医药	√				√	

¹⁰⁹ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210401_327474.html。

¹¹⁰ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210409_327698.html。

¹¹¹ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210412_327737.html。

¹¹² 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202108/t20210830_334217.html。

¹¹³ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202108/t20210831_334226.html。

¹¹⁴ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202110/t20211008_335367.html。

¹¹⁵ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202110/t20211029_336267.html。

¹¹⁶ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202111/t20211118_337007.html。

¹¹⁷ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202111/t20211118_337006.html。

附件三：2021 年中国附条件批准的经营者集中案件情况总结

案件	竞争损害	救济措施
光传输系统案 ¹¹⁸	<p>纵向：</p> <p>1. 中国光传输系统市场对相关数字信号处理器依赖外部供应。集中后实体可能实施原料封锁；</p> <p>2. 集中后有能力的提高相关数字信号处理器产品价格，增加下游其他光传输系统厂商的生产成本，排除、限制中国光传输系统市场竞争。</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 继续履行现有客户合同； 2. 依照 FRAND 原则保持供应； 3. 不得搭售 / 捆绑销售，不得附加不合理交易条件； 4. 对相关人员和员工进行培训，采取必要措施，确保承诺方案的落实。
液压马达案 ¹¹⁹	<p>横向：</p> <p>集中将进一步增强交易双方对中国摆线马达市场的控制力，提高相关市场的进入壁垒，削弱下游用户的议价能力，排除、限制相关市场中的竞争。</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 剥离镇江公司的摆线马达业务； 2. 保持剥离业务的经济存续性、可售性和竞争性； 3. 与剥离业务保持独立； 4. 确保与集中后实体不会获得和使用与剥离业务相关的任何保密信息； 5. 在交割后 2 年内不招揽与剥离业务一起转移的关键人员； 6. 向潜在剥离买方提供关于剥离业务和有关人员的充分信息。
电液伺服材料测试设备案 ¹²⁰	<p>横向：</p> <p>集中将导致集中后实体取得市场支配地位，消除交易双方之间的紧密竞争关系，进一步削弱下游用户的议价能力。</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 继续履行与中国客户的所有涉及相关商品和服务的现有业务合同； 2. 继续保持对中国客户的服务水平； 3. 确保相关产品 / 服务的价格不超过交易前相当条件下的平均价格； 4. 除非有正当理由，否则要确保不延误供应，不施加不合理的交易条件，不降低产品质量或技术水平，不降低其他方面的服务水平。
固态硬盘案 ¹²¹	<p>横向：</p> <p>集中将提高相关市场的市场集中度，增强集中后实体的市场控制力，增强相关市场竞争者协调价格的动机和能力。</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. 不得以不合理的价格向中国境内市场供应 PCIe 企业级固态硬盘产品和 SATA 企业级固态硬盘产品； 2. 5 年内持续扩大相关产品的产量； 3. 依照 FRAND 原则保持供应； 4. 不施加排他性采购、搭售 / 捆绑销售等不合理的交易条件； 5. 帮助一个第三方竞争者进入相关市场； 6. 不得在销售价格、产量或销量方面与其在中国的主要竞争对手达成任何排除或限制竞争的书面或口头协议、决定或进行其他协同行为。

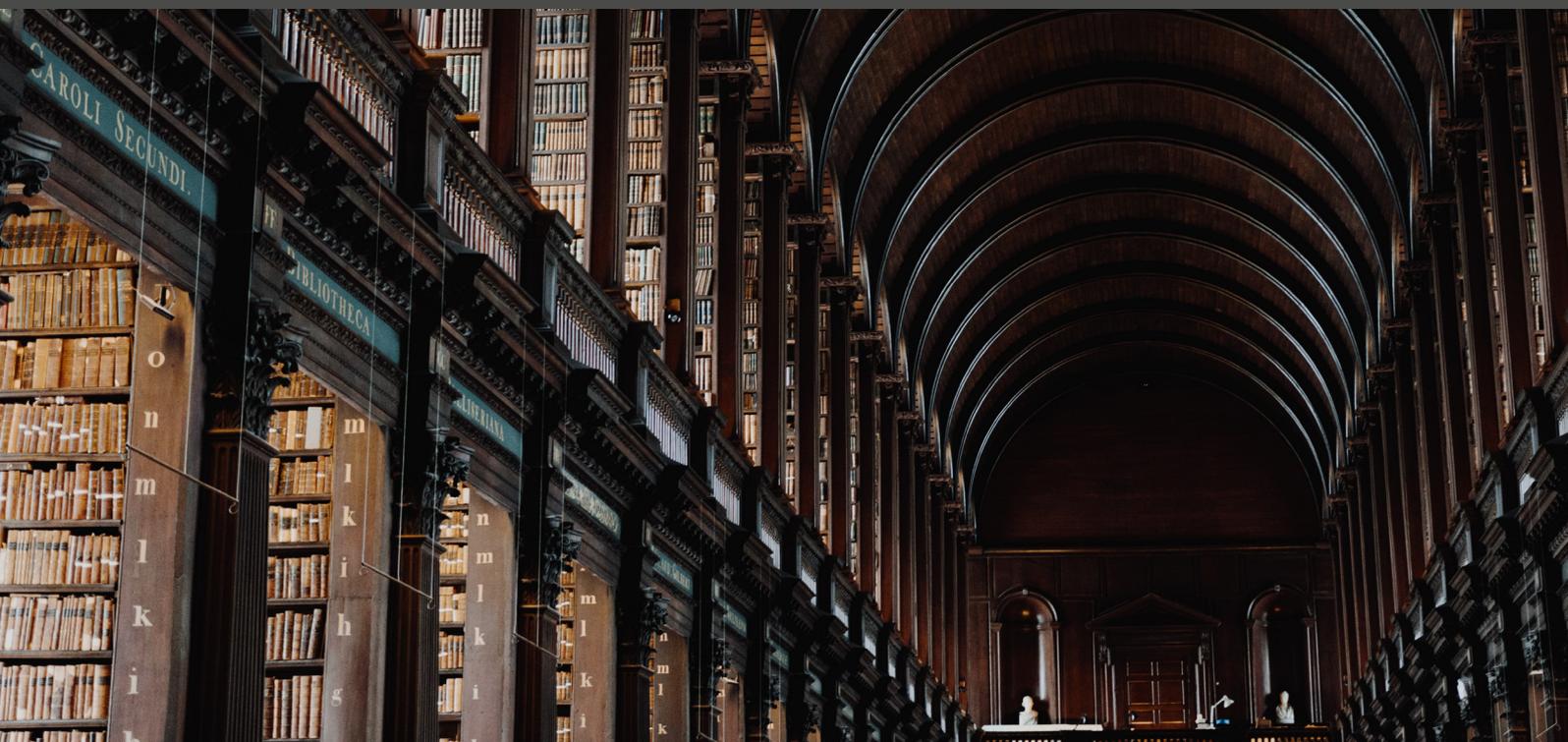
¹¹⁸ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjtz/202101/t20210119_325338.html。

¹¹⁹ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjtz/202106/t20210607_330289.html。

¹²⁰ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjtz/202111/t20211118_336984.html。

¹²¹ 相关决定请参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjtz/202112/t20211222_338317.html。

立法动态



只待新雷第一声

——《反垄断法（修订草案）》

经营者集中申报变动详解

宁宣凤 张若寒 张天杰 裴梦然

自2008年8月1日《反垄断法》生效以来，相关配套制度不断健全完善，反垄断执法不断加强和改进，进一步强化竞争政策基础地位，着力构建新发展格局，亦是我国“十三五”规划收官之年的重要战略决策。2020年，国家市场监督管理总局公开发布《反垄断法修订草案公开征求意见稿》（“《征求意见稿》”），向社会公众广泛征求意见，我国《反垄断法》的修订进程全力启动。历经一年有余，第十三届全国人大常委会第三十一次会议对《中华人民共和国反垄断法（修正草案）》（“《反垄断法（修正草案）》”）进行了审议，并于2021年10月23日公布，再次向社会广泛征求意见。

本文立足于经营者集中申报，着眼于修法后相关规则的变化，结合域外相关制度，对经营者集中的亮点、痛点和重点进行解读和探讨，力图为企业经营决策提供有力建议。

一、亮点

（一）经营者集中审查期限的“停表”制度

《反垄断法》修订之前，我国关于经营者集中审查期限的规定集中体现在《反垄断法》第25条、第26条以及《经营者集中审查暂行规定》第19条、第20条，可以将其概括为“初步审查（30日内）+进一步审查（90日内）+特殊情形进一步延长审查（60日内）”，审查期限自立案之日起最长不超过180日。然而，如果案件涉及复杂的竞争评估、限制性条件磋商等情形，分阶段的法定期限设置往往捉襟见肘。而申报方应对审查期限届满但又未获审批的解决方案，便是在审查期限即将届满之时撤回申报并再次提交，甚至多次撤回、多次提交¹。

申报方需要尽快取得审批以免影响交割，监管机构需确保有足够的审查时间以充分评估集中所造

¹ 例如，在“市场监管总局关于附加限制性条件批准贝丽斯公司收购爱励公司股权案反垄断审查决定的公告”中提到，申报方两次在进一步延长的审查期限即将届满时申请撤回案件并得到市场监管总局的同意，参见 http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/ftjz/201912/t20191220_309365.html。

成的竞争影响，经营者集中审查的状态经常是“矢在弦上，不可不发”。《反垄断法（修正草案）》新增经营者集中审查期限“停表”（stop-the-clock）制度，将紧绷的弓弦再次拉紧。其32条规定，“有下列情形之一的，国务院反垄断执法机构可以决定中止计算经营者集中的审查期限，并书面通知经营者：（一）经营者未按照规定提交文件、资料，导致审查工作无法进行；（二）出现对经营者集中审查具有重大影响的新情况、新事实，需要进行核实；（三）对经营者集中附加的限制性条件需要进一步评估，且经营者同意。”

事实上，欧盟和美国等域外主要司法辖区在其经营者集中审查程序中也规定了“停表”制度。就欧盟而言，2004年《欧盟理事会关于经营者集中控制的第139/2004号条例》第10条规定，如因参与集中经营者之缘故，委员会决定要求经营者提供信息或者决定要求进行检查，则所设定的期限应当暂停²。就美国而言，1976年的《哈特-斯科特-罗迪诺反托拉斯改进法》同样规定，如发现仍需申报方补充信息的，应当停止计时³。尽管各司法辖区有关“停表”制度的适用情形与执行细节存在差异，但该制度的根本目的都是减少流程性因素对于审查时间的挤占，避免不必要的重复撤回再申报，并倒逼提升经营者提交材料的完整性和效率。当然，“停表”制度的适用也应当受到一定限制，避免削弱法定审限制度的积极作用，防止审查时间的无限期延长和增加不可预测性。

就《反垄断法（修正草案）》第32条的具体适用，我们认为：

- 针对第一款规定，其适用于简易审查程序的空间较小。通常情况下简易案件在立案之前就已开始实质性审查，申报方需根据审案要求补充提供相关文件信息，而立案前并无法定审查时限的规定。绝大多数简易案件在正式立案后被要求补充提供的信息较少，如未收到任何异议通常在公示期后即可获得审批。在普通审查程序下，适用普通申报程序的案件并不代表一定存在竞争关注，目前规定的审查期限在未适用“停表”制度的情况下也基本满足需求。

如果不涉及救济措施的磋商沟通，仅是多轮的补充问题，“停表”意义有限，且各阶段时限的计算会增加不少工作量。

- 针对第二款规定，尽管实践中在申报过程中出现新情况、新事实并不常见，“停表”制度的引入将使得经营者不再需要撤回申报，待交易恢复正常后起算审查时限，审批时间的可预见性得到增强，相较于重新申报、重启时限，一定程度上减少了交易的不确定性。
- 针对第三款规定，在可能造成排除、限制竞争效果的经营者集中案件中，经营者需要就救济措施或承诺与反垄断监管机构反复磋商沟通，很多时候需要撤回再次申报，因此该条款的引入有望提高复杂案件的审查效率并减少程序性工作。但是，“停表”制度的实施会将时间压力滑向申报方，此时的反垄断审查机构并无法定审限的压力，如果交易各方制定了紧凑的交易安排、交割时间，则申报方必须在最短的时间内提出最可行的救济措施，博弈的天平出现倾斜，拉锯战式的磋商沟通可能也会减少。

二、痛点

（一）对经营者集中处罚制度的修订

1. 违法实施经营者集中的法律责任

本次《反垄断法（修正草案）》的主要内容之一是提高违法实施经营者集中的惩罚力度。在过去，对于违法实施经营者集中的处罚力度较小，50万的顶格处罚对于营业额超过4亿元人民币的企业可能依然无关痛痒，这使得一些企业经常忽略经营者集中申报这一前置行政审批程序，一大批应报未报或者抢跑的案件层出不穷。

（1）对具有或可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中的处罚

在《反垄断法（修正草案）》前，有且只有一例未依法申报实施集中交易⁴因为被认定具有或者

² Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), OJ L 24/1, 29 January 2004.

³ Pub. L. No. 94-435, 90 Stat. 1383 (1976).

可能具有排除、限制竞争效果而被反垄断执法机构要求恢复相关市场竞争状态，处以 50 万元罚款并被责令依法申报经营者集中。《反垄断法（修正草案）》第 58 条⁵在原有“采取其他必要措施恢复到集中前的状态”的基础上，大幅提高处罚金额（处上一年度销售额 10% 以下的罚款），进而对企业违法实施经营者集中产生极大威慑力。

尽管处罚力度大幅提高，核心点在于如何确定“销售额”基数。是限于企业的国内总销售额，还是扩展到全球总销售额，是只罚涉案企业的总销售，还是上升至整个集团层面，尚有待细则或执法案例明确。旧的《反垄断法》规定“可以处五十万元以下的罚款”，因此并不涉及销售额的问题。而《反垄断法（修正草案）》在处罚上将违法实施经营者集中与垄断协议、滥用市场支配地位的法律责任部分统一，因此反垄断执法机关很可能会参照目前针对垄断协议、滥用市场支配地位的销售额罚款基数来确定违法实施经营者集中的罚款基数。同时，此次规定“处上一年度销售额百分之十以下的罚款”，采用的是与欧盟类似的倍率式罚款设定。该设定与销售额挂钩，因此能较好地反映违法行为对于市场竞争的影响，且能克服数值式罚款低于违法所得的弊端⁶。最后，没有像垄断协议和滥用行为罚则一样规定 1% 的罚款下限，也为执法提供了空间，对于情节轻微、影响有限的违法行为，或可从宽处理。

（2）对不具有排除、限制竞争效果的经营者集中的处罚

旧法中并未区分未依法申报实施的集中是否具有排除、限制竞争效果，均规定“可以处五十万元以下的罚款”。实践中 50 万的罚款数额上限也并不能彰显“让违法成本大大高于守法成本”的正义理念⁷。《反垄断法（修正草案）》将未排除限制竞争的经营者集中的罚款金额上限提升至人民币 500 万元。

回顾以往的处罚案例，2020 年以前对违法实施经营者集中的行政处罚，对涉案企业的罚款数额多集中在最高限额的 70% 以下。从 2020 年 12 月 14 日国家市场监督管理总局首次发布三起未依法申

报违法实施经营者集中的行政处罚案例开始，到截至目前发布的对互联网领域多起违法实施经营者集中的行政处罚决定，经评估基本都被认定不具有排除、限制竞争的效果，对涉案企业多处以 50 万元人民币的顶格罚款。

（3）警惕“未达到国务院规定的申报标准”也可能需要申报的情况

《反垄断法（修正草案）》第 26 条规定：“经营者集中未达到国务院规定的申报标准，但有证据证明该经营者集中具有或可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构应当依法进行调查。”该条款赋予反垄断执法机构主动发起调查的权利，任何具有或可能具有排除、限制竞争效果的交易都可能引发反垄断执法机构的主动调查，尤其是近年来备受关注的“猎杀式收购”。

具体而言，“猎杀式收购”主要指市场上的现有企业为了抢占未来竞争优势，终止新兴目标企业的业务或对其进行并购的行为。有意见指出，这种猎杀式并购行为可能阻碍创新，压制初创企业成长，大面积的“猎杀式收购”可能导致互联网企业利用资金和规模优势形成赢者通吃的局面。在过去，由于参与集中的经营者一方为初创企业或新兴平台，其所在相关市场集中度高、参与竞争者数量有限，但营业额达不到经营者集中的申报标准，因而原有申报规则难以适用。我们注意到在其他一些司法辖区，执法机构对这类“猎杀式收购”已予关注。例如美国众议院司法委员会在 2021 年 6 月修订的六项法案中，就有对“猎杀式收购”的规制。法案提出，要加重被规制的平台经营者举证责任，否则其全部收购行为将被推定违法。

《反垄断法（修正草案）》增加这一款的规定也与之之前颁布的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第 19 条的规定相呼应。为避免事后被调查的风险，在进行此类交易之前，咨询反垄断律师进行相关市场评估及竞争损害分析显得尤为重要。

⁴ 参见 http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202107/t20210724_333020.html。

⁵ 《反垄断法（修正草案）》第 58 条：“对于具有或可能具有排除、限制竞争效果的，经营者集中，责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，处上一年度销售额百分之十以下的罚款”。

⁶ 参见王健：《论我国反垄断罚款的结构化改革——从一元构造体系走向二元构造体系》，载《交大法学》2021 年第 4 期。

⁷ 参见徐向华、郭清梅：《行政处罚中罚款数额的设定方式——以上海市地方性法规为例》，载《法学评论》2006 年第 6 期。

2. 加重严重违法行为的法律责任

根据《反垄断法（修正草案）》第 63 条⁸规定，对于严重违法行为，反垄断执法机构可以按照前述罚款数额的基础上处以 2 倍以上 5 倍以下的罚款。对于何为“情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果”目前并无进一步规定。多次违法，被处罚后依然实施违法行为的企业可能面临更高风险。

3. 违法的追诉时效

在新旧《反垄断法》交替，罚则大幅提升的过程中，企业极为关心违法实施经营者集中的行政处罚溯及力问题。根据《行政处罚法》第 29 条的规定：“违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚（法律另有规定的除外）”。前述时效从违法行为发生之日起计算；违法行为有连续或者继续状态的，从行为终了之日起计算。原则上，行政处罚的追诉时效是两年。但针对未依法申报的经营者集中，反垄断执法机构通常认为未依法申报的收购、并购、新设合营企业等均属于连续性的违法行为，行为一直未停止，因此不起算追诉期。新法生效后，由于违法行为一直持续，过去的未依法申报交易同样会被调查，且不排除按照新法进行处罚。

三、重点

（一）经营者集中的重点审查领域

正如前反垄断局局长吴振国（现任国家市场监督管理总局反垄断执法一司司长）在接受美国律师协会专访时所指出的，“相较于世界其他主要反垄断执法机构，中国反垄断执法机构人员编制较少，反垄断监管力量还有待充实。”⁹就经营者集中的审查而言，在有限的资源下集中力量精准出击，对重点行业领域保持更高的关注，是执法机构的必然选择。对此，《反垄断法（修正草案）》第 37 条规定，“国务院反垄断执法机构应当依法加强民生、金融、科技、媒体等领域经营者集中的审查。”

梳理近两年的《中国反垄断执法年度报告》不难发现，反垄断执法机构对于民生和科技领域始终保持较高的监管关注。例如，2019 年的重点执法行业包括医药行业、公共事业行业、建筑和房地产行业、石油化工行业、汽车行业、航空行业、信息通信行业以及航空行业，2020 年的重点执法行业包括互联网行业、公共事业行业、医药行业、半导体行业、汽车行业、建筑材料行业、交通运输行业、石油化工行业以及钢铁行业。民生领域关乎人民福祉和群众切身利益，而科技领域关乎国家核心竞争力，尤其是在互联网和平台经济发展如火如荼的背景下，网络安全与数据保护自然成为重要关注领域。

另外，《反垄断法（修正草案）》也提及了加强对于金融和媒体领域经营者集中的审查。涉及金融领域的反垄断，中国人民银行党委书记郭树清在采访时表示，我国银行业、保险业、证券业在某些领域和某些环节也存在垄断和不正当竞争，应当依法维护公平竞争的金融市场秩序¹⁰。中国人民银行行长易纲日前在国际清算银行（BIS）监管大型科技公司国际会议上的讲话中也提到，国内部分平台公司通过交叉补贴等方式抢占市场，获得市场支配地位后实行排他性政策，强调将发挥好与反垄断部门的监管合力，遏制滥用市场优势地位的垄断行为，积极应对算法歧视等新型垄断问题¹¹。因此，反垄断法加强对金融领域的经营者集中审查也与防范金融业资本无序扩张的重要立法动作遥相呼应。涉及媒体领域，监管近来动作频频。例如，国家发展改革委和商务部在 10 月联合发布的《市场准入负面清单（2021 年版）》

⁸ 《反垄断法（修正草案）》第六十三条规定：“违反本法规定，情节特别严重，影响特别恶劣、造成特别严重后果的，反垄断执法机构可以按照本法第五十六条、第五十七条、第五十八条、第六十二条规定的罚款数额的二倍以上五倍以下处以罚款。”⁹ 《反垄断法（修正草案）》第 58 条：“对于具有或可能具有排除、限制竞争效果的，经营者集中，责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，处上一年度销售额百分之十以下的罚款”。

⁹ 参见 <http://www.samr.gov.cn/xw/zj/202107/P020210707589294907161.pdf>。

¹⁰ 参见 http://www.news.cn/2021-10/19/c_1127974458.htm。

¹¹ 参见 <http://www.pbc.gov.cn/goutongjiaoliu/113456/113469/4357047/index.html>。

提及，超过股比限制，非公有资本不得投资新闻传媒领域特定业务¹²；网信办在2021年10月20日公布了《互联网新闻信息稿源单位名单》，以进一步夯实网络传播秩序管理、丰富互联网信息供给¹³。

面对《反垄断法（修正草案）》对于特定领域的重点关注，企业在进行民生、金融、科技、媒体等领域的投资并购活动时更要积极、主动、依法进行经营者集中申报，以最大程度降低违法风险。

结语

《反垄断法》的新修紧跟时代变化发展的浪潮。国家层面对于反垄断立法更加重视，立法内容愈加精细化、适时化；反垄断执法机构不断积累经验，强化执法力度，这都标志着中国反垄断法已进入成熟阶段，反垄断各项执法司法工作也将开启新局面。对于企业而言，反垄断合规将会成为企业在未来发展中不可或缺的重要一环。

附件：《中华人民共和国反垄断法》修改前后对比表——经营者集中及法律责任章节

现行法	修改后
第四章 经营者集中	第四章 经营者集中
第二十一条 经营者集中达到国务院规定的申报标准的，经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报，未申报的不得实施集中。	第二十六条 经营者集中达到国务院规定的申报标准的，经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报，未申报的不得实施集中。 经营者集中未达到国务院规定的申报标准，但有证据证明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构应当依法进行调查。
	第三十二条 有下列情形之一的，国务院反垄断执法机构可以决定中止计算经营者集中的审查期限，并书面通知经营者：（一）经营者未按照规定提交文件、资料，导致审查工作无法进行；（二）出现对经营者集中审查具有重大影响的新情况、新事实，需要进行核实；（三）对经营者集中附加的限制性条件需要进一步评估，且经营者同意。 自中止计算审查期限的情形消除之日起，审查期限继续计算，国务院反垄断执法机构应当书面通知经营者。
	第三十七条 国务院反垄断执法机构应当依法加强民生、金融、科技、媒体等领域经营者集中的审查。

¹² 参见 <https://www.ndrc.gov.cn/yjzxDownload/sczrfmqd2021.pdf>。

¹³ 参见 http://www.cac.gov.cn/2021-10/18/c_1636153133379560.htm。

现行法	修改后
<p style="text-align: center;">第七章 法律责任</p> <p>第四十六条 经营者违反本法规定，达成并实施垄断协议的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处五十万元以下的罚款。</p> <p>经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。</p> <p>行业协会违反本法规定，组织本行业的经营者达成垄断协议的，反垄断执法机构可以处五十万元以下的罚款；情节严重的，社会团体登记管理机关可以依法撤销登记。</p>	<p style="text-align: center;">第七章 法律责任</p> <p>第五十六条 经营者违反本法规定，达成并实施垄断协议的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款，上一年度没有销售额的，处五百万元以下的罚款；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处三百万元以下的罚款。经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员对达成垄断协议负有个人责任的，可以处一百万元以下的罚款。</p> <p>经营者组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助的，适用前款规定。</p> <p>经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。</p> <p>行业协会违反本法规定，组织本行业的经营者达成垄断协议的，由反垄断执法机构责令改正，可以处三百万元以下的罚款；情节严重的，社会团体登记管理机关可以依法撤销登记。</p>
<p>第四十七条 经营者违反本法规定，滥用市场支配地位的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。</p>	<p>第五十七条 经营者违反本法规定，滥用市场支配地位的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。</p>
<p>第四十八条 经营者违反本法规定实施集中的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，可以处五十万元以下的罚款。</p>	<p>第五十八条 经营者违反本法规定实施集中，且具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，处上一年度销售额百分之十以下的罚款；不具有排除、限制竞争效果的，处五百万元以下的罚款。</p>
<p>第四十九条 对本法第四十六条、第四十七条、第四十八条规定的罚款，反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素。</p>	<p>第五十九条 对本法第五十六条、第五十七条、第五十八条规定的罚款，反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、程度、持续时间和消除违法行为后果的情况等因素。</p> <p>对本法第五十六条、第五十七条规定的违法所得难以准确计算的，反垄断执法机构应当将违法所得作为确定具体罚款数额时的考虑因素。</p>

现行法	修改后
第七章 法律责任	第七章 法律责任
<p>第五十条 经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担民事责任。</p>	<p>第六十条 经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担停止侵害、恢复原状、赔偿损失等民事责任。经营者实施垄断行为，侵害社会公共利益的，人民检察院可以依法向人民法院提起民事公益诉讼。</p>
<p>第五十一条 行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力，实施排除、限制竞争行为的，由上级机关责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议。</p> <p>法律、行政法规对行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力实施排除、限制竞争行为的处理另有规定的，依照其规定。</p>	<p>第六十一条 行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力，实施排除、限制竞争行为的，由上级机关责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议。法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织没有上级机关的，由反垄断执法机构责令改正。行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织应当将有关改正情况书面报告上级机关和反垄断执法机构。</p> <p>法律、行政法规对行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力实施排除、限制竞争行为的处理另有规定的，依照其规定。</p>
<p>第五十二条 对反垄断执法机构依法实施的审查和调查，拒绝提供有关材料、信息，或者提供虚假材料、信息，或者隐匿、销毁、转移证据，或者有其他拒绝、阻碍调查行为的，由反垄断执法机构责令改正，对个人可以处二万元以下的罚款，对单位可以处二十万元以下的罚款；情节严重的，对个人处二万元以上十万元以下的罚款，对单位处二十万元以上一百万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。</p>	<p>第六十二条 对反垄断执法机构依法实施的审查和调查，拒绝提供有关材料、信息，或者提供虚假材料、信息，或者隐匿、销毁、转移证据，或者有其他拒绝、阻碍调查行为的，由反垄断执法机构责令改正，对单位处上一年度销售额百分之一以下的罚款，上一年度没有销售额或者销售额难以计算的，处五百万元以下的罚款；对个人处五十万元以下的罚款。</p>
	<p>第六十三条 违反本法规定，情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的，反垄断执法机构可以按照本法第五十六条、第五十七条、第五十八条、第六十二条规定的罚款数额的二倍以上五倍以下处以罚款。</p>
	<p>第六十四条 经营者因违反本法规定受到行政处罚的，依照国家有关规定记入信用记录，对严重违法失信行为给予信用惩戒，并向社会公示。</p>

现行法	修改后
第七章 法律责任	第七章 法律责任
<p>第五十三条 对反垄断执法机构依据本法第二十八条、第二十九条作出的决定不服的，可以先依法申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法提起行政诉讼。</p> <p>对反垄断执法机构作出的前款规定以外的决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。</p>	<p>第六十五条 对反垄断执法机构依据本法第三十四条、第三十五条作出的决定不服的，可以先依法申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法提起行政诉讼。</p>
<p>第五十四条 反垄断执法机构工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露执法过程中知悉的商业秘密，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予处分。</p>	<p>第六十六条 反垄断执法机构工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露执法过程中知悉的商业秘密、自然人的隐私和个人信息的，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予处分。</p>
	<p>第六十七条 违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。</p>

感谢实习生马骁对本文作出的贡献。

随世而制

——《反垄断法（修正草案）》 垄断协议变动详解

宁宣凤 张若寒 张天杰 高锐 屈尘

2021年10月23日，作为实现“强化反垄断和防止资本无序扩张”目标的重要成果，《中华人民共和国反垄断法（修正草案）》（“《反垄断法（修正草案）》”）迎来了自其生效后的首次大修。本次《反垄断法（修正草案）》在强化竞争政策的基础地位、设立公平竞争审查制度、明确垄断协议的范围和认定标准、进一步规制数字经济领域的滥用行为，以及提升经营者集中申报罚则等多个层面提出了一系列新规则、新标准、新要求。

本文将聚焦于《反垄断法（修正草案）》对垄断协议的认定、排除和归责作出的新规定，比照欧盟、美国等司法辖区的相关做法，对其中的合规重点和背后的问题进行解读，以期为企业开展反垄断合规工作提供参考。有关经营者集中的合规问题，我们将在后续文章中分析探究。

一、从无到有——“安全港”是否真正安全

（一）何谓“安全港”之豁免规则？

在竞争法之垄断协议语境下，“安全港”规则指当达成垄断协议的经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于反垄断执法机构规定的标准时，其实施的垄断协议行为由于产生的反竞争影响较小甚至可忽略不计因而能够免于监管约束。若经营者在相关市场中的市场份额并不显著，其实施的垄断行为排除、限制竞争的效果也十分有限，这类行为通常没有通过反垄断执法工具进行规制的必要性。此次《反垄断法（修正草案）》在现行《中华人民共和国反垄断法》（“《反垄断法》”）“禁止+豁免”的立法基础上，新增了有关市场份额的“安全港”规则，形成了“禁止+豁免+安全港”三线并行的垄断协议规制新格局。具体而言：

- 第17条第2款聚焦于纵向垄断协议的抗辩，明确当经营者能够证明其实施的固定转售价格或限定最低转售价格行为不具有排除、限制竞争的效果时，该等行为不被禁止。
- 第19条强调经营者若能证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准（“市场份额标准”），则不适用《反垄断法（修正草案）》有关垄断协议的禁止性规定，但有证据证明其达成的协议排除、限制竞争的除外。

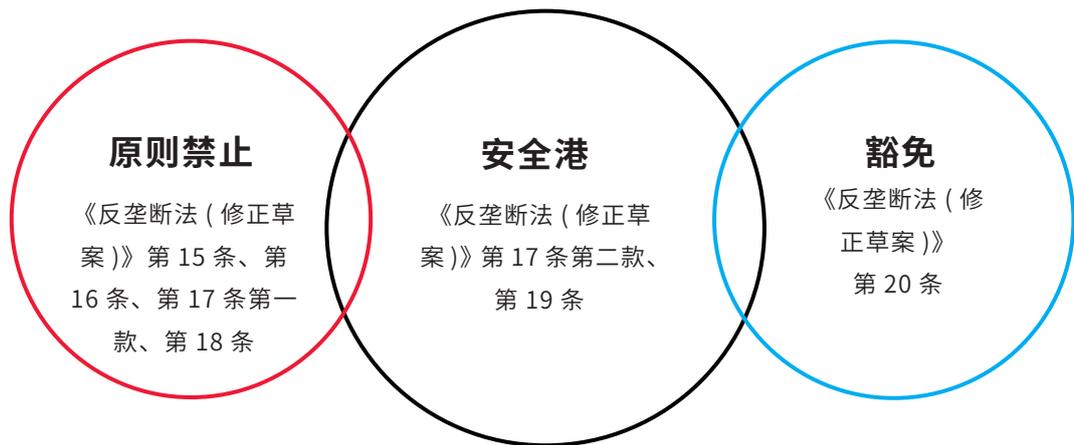


图 1：《反垄断法（修正草案）》垄断协议规则体系

基于上述规定，对于横向垄断协议而言，若经营者市场份额超过市场份额标准，原则上均应当被禁止，除非满足特定豁免情形；若经营者市场份额低于市场份额标准，则需进一步评估是否具有排除、限制竞争的影响。对于纵向垄断协议而言，评估核心要点则在于是否具有排除、限制竞争的影响，市场份额也将是评估关键。

（二）“安全港”规则下，市场份额标准该如何设定？

《反垄断法（修正草案）》将“市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准”作为认定垄断协议行为不具违法性的基础，该市场份额标准的高低决定了“安全港”规则的实际效用：若标准较高，则容易导致经营者滥用“安全港”这一保障措施；若标准较低，“安全港”的设置对实际执法和经营者利益的影响则微乎其微。因此，制定合理的市场份额标准，是保障“安全港”制度能够有效实施，充分普惠经营者，促进市场竞争与发展的重中之重。

根据目前《反垄断法（修正草案）》，具体的市场份额标准尚待官方制定公布，但我们或许能从国内外反垄断规则的制定历程中管窥有关市场份额标准的立法经验。

1. 欧盟竞争法下“安全港”规则

以欧盟为例，其对垄断协议的规制方式较之于我国更为多层化：一方面，欧盟对纵向垄断协议的规定涵盖了一系列豁免、核心限制、例外情形，立法逻辑更为复杂；另一方面，欧盟监管机构 2001 年发布的《欧盟非重要协议通告》（De Minimis Notice，“《通告》”）规定了“安全港”规则，明确了市场份额标准。具体而言，在横向市场中合并市场份额不超过 10% 的竞争对手之间的协议，以及在纵向市场中各自市场份额不超过 15% 的非竞争者之间的协议，不被视为欧盟竞争法下所禁止的垄断协议。值得注意的是，在 2012 年的 Expedia 案中，欧盟委员会认为该公司与合作公司的市场份额虽然低于“安全港”的标准，但由于达成的协议本身具有反竞争性且可能影响成员国之间贸易，因而可能对竞争有明显限制¹。为此，在 2014 年，欧盟更新了《通告》规定，添加了“目的限制”要求，即旨在排除、限制竞争的协议行为，将被视为可能对竞争产生影响，从而不再受到“安全港”规则的保护。

¹ 请参见：Case C-226/11 Expedia Inc v Autorité de la concurrence and Others.

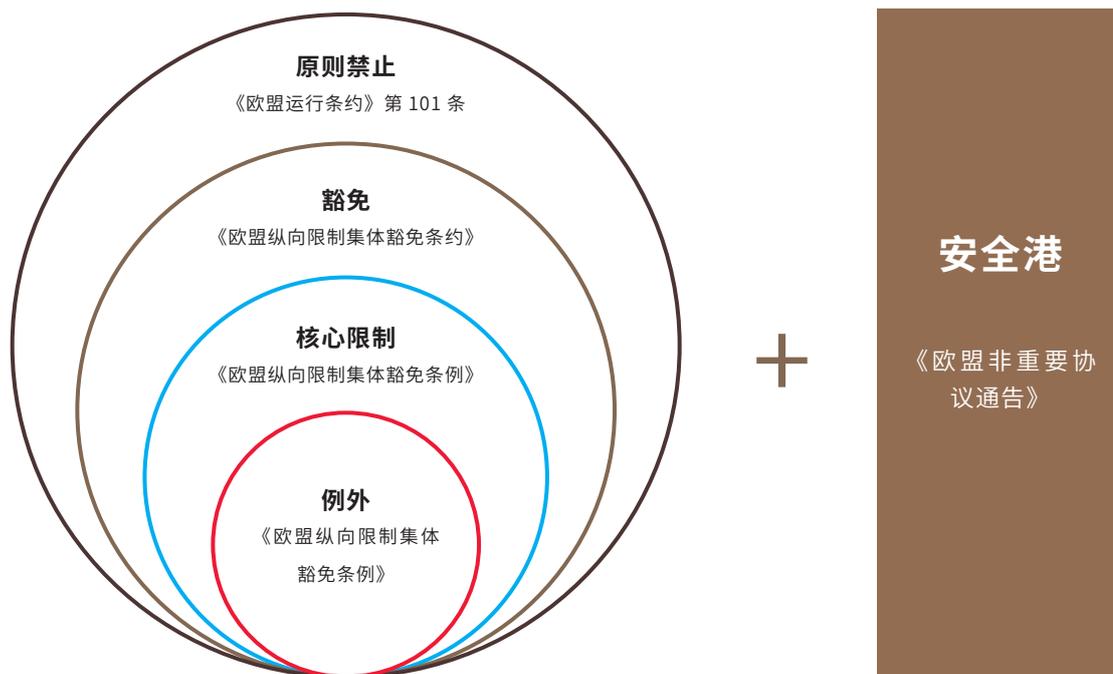


图 2：欧盟垄断协议规制体系

2. 我国就“安全港”规则的初步尝试

2019 年年初国家市场监管总局公布的《禁止垄断协议行为的规定（征求意见稿）》² 规定具有竞争关系的经营者在相关市场中份额合计不超过 15%，以及经营者与交易相对人在相关市场的份额均不超过 25% 时，则可推定协议不会排除、限制竞争——该规定未能在《禁止垄断协议暂行规定》正式稿中得以保留。2019 年生效的《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》（“《知产指南》”）³ 规定，若横向市场经营者的市场份额合计不超过 20%，纵向市场经营者在任一相关市场上的市场份额均不超过 30%，则该等主体达成的知识产权协议将不被视为垄断协议——该规定仅限于知识产权领域，缺乏普适性效应。值得注意的是，《禁止垄断协议行为的规定（征求意见稿）》和《知产指南》中的“安全港”规则仅适用于“国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议”这一情况之下，而《反垄断法（修正草案）》将该规则的适用范围扩大到所有垄断协议，在为“安全港”规则正名之余，还极大地扩充了其适用场景。

综上，《反垄断法（修正草案）》下创设的“安全港”规则还需要后续配套制度的完善，而从经营者角度而言，除应对“安全港”规则下的具体市场份额标准保持关注外，对于市场界定范围、市场份额统计口径均应采取更为谨慎的态度。

（三）“安全港”规则下，“排除和限制竞争”应如何评估？

一直以来，我国反垄断执法机构与司法机关对纵向垄断协议的态度存在一定程度的分歧。具体而言，由于现行《反垄断法》本身并未明确要求在审查纵向垄断协议的过程中评估其排除、限制竞争的效果，因此反垄断执法机构更多从形式角度关注经营者是否实施了《反垄断法》所禁止的行为。在司法实践中，法院通常会采取更为保守的态度，在个案中对具体竞争状况进行分析⁴。因此，原告往往还需要就被告实

² 请参见 <http://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/201902/P020190103596624223444.pdf>。

³ 请参见 http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202009/t20200918_321857.html。

⁴ 请参见《纵向价格垄断协议的认定——行政与司法的融合》：http://blog.sina.cn/dpool/blog/s/blog_8f30351d0102x0yv.html。

施的反竞争行为所达成的排除、限制竞争效果进行举证。例如，在某经销商诉某著名空调企业纵向垄断协议案中，法院从相关市场竞争是否充分、被告市场地位是否强大、被告实施限制最低转售价格的动机等三个方面进行分析，认定被告限制最低转售价格行为不构成《反垄断法》所禁止的垄断协议，从而驳回了原告相关诉讼请求。

在评估排除限制竞争效果方面，司法机关在评估纵向垄断协议的影响时，更为关注品牌间的竞争，只有在相关市场竞争不充分的情况下，品牌内限制转售价格的协议才可能产生排除、限制竞争的效果；而反垄断执法机构则同样重视品牌内竞争影响。此外，在一些案件中，除价格外，法院会将售前、售中和售后等环节的服务纳入分析范畴；而反垄断执法机构通常将竞争关注聚焦于纵向转售价格本身⁵。

针对这一问题，最高院在海南裕泰案中也有所论述：“在当前的市场体制环境和反垄断执法处于初期阶段的情况下，如果要求反垄断执法机构在实践中对纵向垄断协议都进行全面调查和复杂的经济分析，以确定其对竞争秩序的影响，将极大地增加执法成本，降低执法效率，不能满足当前我国反垄断执法工作的需要”⁶。行政执法的高效率与司法审查的严谨审慎容易使企业在进行商业决策时面临一系列不确定性。而本次立法的修正，或可进一步实现司法与行政就垄断协议问题态度的融合。此次《反垄断法（修正草案）》明确将“市场份额”和“排除、限制竞争效果”纳入垄断协议的认定标准，并将“排除、限制竞争效果”与“安全港”规则相结合，体现了行政与司法之间的协调。我们理解，未来反垄断执法机构在就垄断协议行为进行执法时，采取接近“本身违法”执法思路的模式或有所调整。

二、从行为到责任——垄断协议下法律责任的若干调整

（一）法律责任体系怎么变？

保障反垄断执法工作，重点之一在于建立较为完善的法律责任体系。经营者及其责任人的违法行为得到有效查处，将有利于提高执法力度和执法精细化水平。此次《反垄断法（修正草案）》另一重大修改之处在于完善了法律责任体系，针对执法中反映出的问题，大幅提高了相关违法行为的罚款数额，并首次增加了对达成垄断协议负有个人责任的经营者的法定代表人、主要责任人和直接责任人员的处罚规定，以及信用惩戒的规定。具体而言：

提高了现有罚款金额上限	<ul style="list-style-type: none">达成但尚未实施垄断协议、行业协会组织本行业经营者达成垄断协议的罚款金额上限从五十万元调整为三百万元；不配合调查、抗拒执法的罚款金额上限从一百万元（单位）和十万元（个人）调整为上一年度销售额 1%/ 五百万元（单位）和五十万元（个人）。
增加了信用惩戒	<ul style="list-style-type: none">经营者因违反《反垄断法》受到行政处罚的，依照国家有关规定记入信用记录，对严重违法失信行为给予信用惩戒，并向社会公示。
增加了垄断协议的个人责任	<ul style="list-style-type: none">经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员对达成垄断协议负有个人责任的，可以处一百万元以下的罚款。
大幅增加严重违法行为的法律责任	<ul style="list-style-type: none">针对“情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果”的情形，反垄断执法机构可处上述数额的二倍以上五倍以下罚款。

⁵ 同上注。

⁶ 请参见 (2018) 最高法行申 4675 号：https://www.concurrences.com/IMG/pdf/hainan_yutai_vs._price_bureau_of_hainan_province_case.pdf?52043/0ef90443a43ab84e8cab7f2077388e0f5c528e55。

下文将重点针对垄断协议下企业和个人的法律责任进行梳理。

（二）垄断协议下企业的责任怎么变？

自 2008 年《反垄断法》生效以来，对于销售额、罚款金额、违法所得金额的计算一直是反垄断执法中的难点问题。2021 年，反垄断执法机构针对多家大型科技公司的垄断行为发布处罚决定，但在决定书中均未提及对违法所得的计算与没收，同样反映出实践中针对违法所得具体金额确定的困难。此次《反垄断法（修正草案）》明确经营者上一年度没有销售额或销售额难以计算情形下的具体罚款数额，在一定程度上为反垄断执法实践操作提供了更全面的上位法指引。

对于现有法律责任，《反垄断法（修正草案）》大幅提高了罚款金额上限，并明确严重违法行为的处罚金额可以到 2 倍以上 5 倍以下。这一调整极大提高了经营者的违法成本，增强了《反垄断法》的震慑力，体现了立法机关强化反垄断的决心。

此外，《反垄断法（修正草案）》同时规定了轴辐合谋下的法律责任，即对垄断协议的组织者和实质性帮助者规定了与直接达成并实施垄断协议的经营者相同幅度的罚款数额。轴辐合谋的常见情形包括供应商组织多家下游经销商控价或维护渠道，最终达成并实施垄断协议。此前反垄断执法机构公布的案例中也有轴辐合谋的影子。对于企业而言，一旦《反垄断法（修正草案）》生效，帮助、组织其他企业达成垄断协议将面临高额的处罚，即使是上游供应商被下游经销商邀请，被动作出的协调和组织行为，也很难避免相应的法律责任。

（三）垄断协议下个人的责任怎么变？

谈到《反垄断法》可能最先想到企业而非个人，毕竟基于现有反垄断法律体系，企业高管等责任人通常无须承担法律责任。此次《反垄断法（修正草案）》明确对于垄断协议，经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员等负有个人责任的将面临最高 100 万元的处罚，进一步增强了《反垄断法》的惩罚功能和威慑力。

反观世界其他主要司法辖区的竞争法，大部分司法辖区对参与垄断协议企业的高管等责任人规定了个人罚金，甚至是自由刑。具体而言：

- **在美国：**企业员工违反《谢尔曼法》将面临包括罚金和监禁在内的个人刑事制裁，其中对于参与卡特尔行为的个人，最高可处 100 万美元的刑事罚金以及 10 年的监禁⁷。据统计，2012 年，美国共有 45 人因违反《谢尔曼法》而面临监禁。
- **在欧盟：**欧盟的竞争法包含欧盟及其成员国两个层面，欧盟层面仅关注企业（undertakings）的竞争行为，而无权对企业员工个人作出处罚。
- **在欧盟成员国：**在欧盟成员国层面，多数国家对违反竞争法的行为规定了个人责任，例如，法国针对违反竞争法的行为，对个人最高可处 7.5 万欧元罚金以及 4 年监禁⁸；爱尔兰对个人最高可处 500 万欧元（或上一财务年度营业额的 10%）以及 10 年监禁⁹；丹麦对个人最高可处 20 万丹麦克朗（约 20 万人民币）和 18 个月监禁¹⁰。

⁷ 请参见：<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/2>。

⁸ 请参见：https://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/national_reports/france_en.pdf。

⁹ 请参见：[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-028-2056?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=\(sc.Default\)](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-028-2056?originationContext=document&transitionType=DocumentItem&contextData=(sc.Default))。

¹⁰ 请参见：<https://www.en.kfst.dk/competition/regarding-competition-matters/penalties-for-infringing-the-danish-competition-act/>。

此次《反垄断法（修正草案）》虽然增加了垄断协议下企业高管等责任人的罚金，但未包含拘役、有期徒刑等限制人身自由刑，仅较为宏观地明确了“对经营者实施垄断行为构成犯罪的，依法追究刑事责任”。我们理解该条主要指向某些竞合情况，比如串通招投标行为除违反《反垄断法》外，也可能触犯了《刑法》。在《刑法》通过修正案，以罪刑法定的形式将一般垄断行为入刑以前，还不会出现如美国、法国、爱尔兰等国家追究垄断行为刑事责任的情况。

对于如何界定“主要负责人”和“直接责任人员”，《反垄断法（修正草案）》目前并未给出清晰的指引。借鉴国际经验，美国作为对垄断行为规定有严格个人责任的国家，其司法部在实践中会考虑员工在卡特尔中的角色、员工在公司所任职位等因素，综合评估相关员工的责任，这对我国反垄断执法具有借鉴意义。企业法务、合规负责人等作为企业法律风险的把控者，亦有可能因此而对企业的垄断行为承担个人责任，需提高警惕。为规避该等风险，建议企业负责人积极推进企业反垄断合规体系建设。日常经营中的合规努力，在出现潜在调查时，可以成为自身抗辩的有力主张。

除此之外，《反垄断法（修正草案）》还提高了不配合调查、抗拒执法行为中个人责任的上限。在2020年四月份公布的某起原料药垄断案中，反垄断执法机构针对被调查企业所涉14名高管和员工，按其不配合调查、抗拒执法的程度分别开出了2万元至10万元不等的罚单，且一并公布了处罚决定，抗拒执法行为包括暴力抢夺证据材料，强行隐匿、转移相关材料，对执法人员进行暴力阻挠造成部分执法人员受伤等。这一法律责任的调整，也体现了立法机关对执法实践问题的关注。

三、从法律到实操——企业和员工该何去何从

《反垄断法》作为经济宪法，其具有保护公平自由竞争、防止资本无序扩张的宏观作用，对于企业和员工个人而言，此次《反垄断法（修正草案）》的出台所释放的监管信号不言而喻。从合规角度出发：

- 就企业而言，对于垄断行为仍应采取警惕的态度，对于“安全港”制度应足够重视，谨慎评估自身是否适用。而无论企业所处行业是否竞争充分，企业市场力量是否显著，当面临第三方投诉或反垄断执法机构调查时，均应以更加审慎的态度评估自身行为和所面临的法律风险。
- 就负责人和高管而言，《反垄断法（修正草案）》正式实施后，对于企业的垄断行为将有可能面临相应的个人责任，无法再置身事外。加强反垄断合规意识、推进日常合规建设，负责人和高管责无旁贷。

正如国家市场监督管理总局局长张工在接受央视专访中所说，我们也同样相信，此次反垄断法修订将有助于营造“立规矩做效尤，强化规范和警示，以公正监管促进公平竞争”的社会主义市场经济环境。强化反垄断、深入推进公平竞争政策将成为促进市场主体规范健康发展、促进整个社会经济繁荣的必然要求。

附件：《中华人民共和国反垄断法》修改前后对比表——垄断协议及法律责任章节

现行法	修改后
第二章 垄断协议	第二章 垄断协议
第十三条第二款 本法所称垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。	第十五条 本法所称垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。
第十三条第一款 禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议： （一）固定或者变更商品价格； （二）限制商品的生产数量或者销售数量； （三）分割销售市场或者原材料采购市场； （四）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品； （五）联合抵制交易； （六）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。	第十六条 禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议： （一）固定或者变更商品价格； （二）限制商品的生产数量或者销售数量； （三）分割销售市场或者原材料采购市场； （四）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品； （五）联合抵制交易； （六）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。
第十四条 禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议： （一）固定向第三人转售商品的价格； （二）限定向第三人转售商品的最低价格； （三）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。	第十七条 禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议： （一）固定向第三人转售商品的价格； （二）限定向第三人转售商品的最低价格； （三）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。 对前款第一项和第二项规定的协议，经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止。
	第十八条 经营者不得组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。
	第十九条 经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准的，不适用本法第十六条、第十七条、第十八条的规定，但有证据证明经营者达成的协议排除、限制竞争的除外。

现行法	修改后
<p style="text-align: center;">第二章 垄断协议</p> <p>第十五条 经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不适用本法第十三条、第十四条的规定：</p> <p>（一）为改进技术、研究开发新产品的；</p> <p>（二）为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的；</p> <p>（三）为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的；</p> <p>（四）为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的；</p> <p>（五）因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的；</p> <p>（六）为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的；</p> <p>（七）法律和国务院规定的其他情形。</p> <p>属于前款第一项至第五项情形，不适用本法第十三条、第十四条规定的，经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。</p>	<p style="text-align: center;">第二章 垄断协议</p> <p>第二十条 经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不适用本法第十六条、第十七条、第十八条的规定：</p> <p>（一）为改进技术、研究开发新产品的；</p> <p>（二）为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的；</p> <p>（三）为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的；</p> <p>（四）为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的；</p> <p>（五）因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的；</p> <p>（六）为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的；</p> <p>（七）法律和国务院规定的其他情形。</p> <p>属于前款第一项至第五项情形，不适用本法第十六条、第十七条、第十八条规定的，经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。</p>
<p>第十六条 行业协会不得组织本行业的经营者从事本章禁止的垄断行为。</p>	<p>第二十一条 行业协会不得组织本行业的经营者从事本章禁止的垄断行为。</p>
<p style="text-align: center;">第七章 法律责任</p> <p>第四十六条 经营者违反本法规定，达成并实施垄断协议的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处五十万元以下的罚款。</p> <p>经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。</p> <p>行业协会违反本法规定，组织本行业的经营者达成垄断协议的，反垄断执法机构可以处五十万元以下的罚款；情节严重的，社会团体登记管理机关可以依法撤销登记。</p>	<p style="text-align: center;">第七章 法律责任</p> <p>第五十六条 经营者违反本法规定，达成并实施垄断协议的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款，上一年度没有销售额的，处五百万元以下的罚款；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处三百万元以下的罚款。经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员对达成垄断协议负有个人责任的，可以处一百万元以下的罚款。</p> <p>经营者组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助的，适用前款规定。</p> <p>经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。</p> <p>行业协会违反本法规定，组织本行业的经营者达成垄断协议的，由反垄断执法机构责令改正，可以处三百万元以下的罚款；情节严重的，社会团体登记管理机关可以依法撤销登记。</p>

现行法	修改后
<p style="text-align: center;">第七章 法律责任</p>	<p style="text-align: center;">第七章 法律责任</p>
<p>第四十七条 经营者违反本法规定，滥用市场支配地位的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。</p>	<p>第五十七条 经营者违反本法规定，滥用市场支配地位的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。</p>
<p>第四十八条 经营者违反本法规定实施集中的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，可以处五十万元以下的罚款。</p>	<p>第五十八条 经营者违反本法规定实施集中，且具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，处上一年度销售额百分之十以下的罚款；不具有排除、限制竞争效果的，处五百万元以下的罚款。</p>
<p>第四十九条 对本法第四十六条、第四十七条、第四十八条规定的罚款，反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素。</p>	<p>第五十九条 对本法第五十六条、第五十七条、第五十八条规定的罚款，反垄断执法机构确定具体罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、程度、持续时间和消除违法行为后果的情况等因素。</p> <p>对本法第五十六条、第五十七条规定的违法所得难以准确计算的，反垄断执法机构应当将违法所得作为确定具体罚款数额时的考虑因素。</p>
<p>第五十条 经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担民事责任</p>	<p>第六十条 经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担停止侵害、恢复原状、赔偿损失等民事责任。</p> <p>经营者实施垄断行为，侵害社会公共利益的，人民检察院可以依法向人民法院提起民事公益诉讼。</p>
<p>第五十一条 行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力，实施排除、限制竞争行为的，由上级机关责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议。</p> <p>法律、行政法规对行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力实施排除、限制竞争行为的处理另有规定的，依照其规定。</p>	<p>第六十一条 行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力，实施排除、限制竞争行为的，由上级机关责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议。法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织没有上级机关的，由反垄断执法机构责令改正。</p> <p>行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织应当将有关改正情况书面报告上级机关和反垄断执法机构。</p> <p>法律、行政法规对行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力实施排除、限制竞争行为的处理另有规定的，依照其规定。</p>

现行法	修改后
第七章 法律责任	第七章 法律责任
<p>第五十二条 对反垄断执法机构依法实施的审查和调查，拒绝提供有关材料、信息，或者提供虚假材料、信息，或者隐匿、销毁、转移证据，或者有其他拒绝、阻碍调查行为的，由反垄断执法机构责令改正，对个人可以处二万元以下的罚款，对单位可以处二十万元以下的罚款；情节严重的，对个人处二万元以上十万元以下的罚款，对单位处二十万元以上一百万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。</p>	<p>第六十二条 对反垄断执法机构依法实施的审查和调查，拒绝提供有关材料、信息，或者提供虚假材料、信息，或者隐匿、销毁、转移证据，或者有其他拒绝、阻碍调查行为的，由反垄断执法机构责令改正，对单位处上一年度销售额百分之一以下的罚款，上一年度没有销售额或者销售额难以计算的，处五百万元以下的罚款；对个人处五十万元以下的罚款。</p>
	<p>第六十三条 违反本法规定，情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的，反垄断执法机构可以按照本法第五十六条、第五十七条、第五十八条、第六十二条规定的罚款数额的二倍以上五倍以下处以罚款。</p>
	<p>第六十四条 经营者因违反本法规定受到行政处罚的，依照国家有关规定记入信用记录，对严重违法失信行为给予信用惩戒，并向社会公示。</p>
<p>第五十三条 对反垄断执法机构依据本法第二十八条、第二十九条作出的决定不服的，可以先依法申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法提起行政诉讼。</p> <p>对反垄断执法机构作出的前款规定以外的决定不服的，可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。</p>	<p>第六十五条 对反垄断执法机构依据本法第三十四条、第三十五条作出的决定不服的，可以先依法申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法提起行政诉讼。</p>
<p>第五十四条 反垄断执法机构工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露执法过程中知悉的商业秘密，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予处分。</p>	<p>第六十六条 反垄断执法机构工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露执法过程中知悉的商业秘密、自然人的隐私和个人信息的，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予处分。</p>
	<p>第六十七条 违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。</p>

洞悉变化，看明趋势

——解读《反垄断法（修正草案）》

刘成 李雨濛 洪露申 王梦真 叶弘韬

2021年10月23日，全国人大常委会对社会公布《中华人民共和国反垄断法（修正草案）》（“《修正草案》”），以广泛征求意见¹。该草案已经于2021年10月19日提请第十三届全国人大常委会第三十一次会议进行初次审议。这是在2020年初市场监管总局就此前一稿反垄断法修订草案公开征求意见后，全国人大常委会又针对本次审议稿公开征求意见。在我国强化反垄断执法的大背景下，反垄断法的修订工作可能会加速完成。

总览《修正草案》，体现了如下特点：

- 明确竞争政策的基础地位和公平竞争审查制度的法律地位。在法律层面明确建立健全公平审查制度，要求充实监管力量，加强反垄断执法。
- 针对目前反垄断法实施过程中存在的突出问题，完善了相关制度。比如，对于固定转售价格、限制最低转售价格的纵向垄断协议，针对之前其规制思路上的争议，明确了经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止。
- 与时俱进，规范与发展并重，为新兴问题

的规制创设法律依据。比如，《修正草案》讨论了互联网领域涉及的数据、算法、技术、平台规则的特殊问题，指出企业可能存在的滥用市场支配地位行为。

- 加大处罚力度，健全执法体制。比如，《修正草案》对于经营者集中未依法申报提高罚款金额，并对垄断行为的实施增加个人责任。这将进一步提高反垄断法的震慑力，维护市场公平竞争。

在本文中，我们将从十大方面对《修正草案》进行全面解读，协助企业洞悉立法变化，探讨未来规制思路。

一、夯实根基，明确竞争政策的基础地位，公平竞争审查制度写入反垄断法

《修正草案》在总则中明确“国家强化竞争政策基础地位”，突显了竞争政策对市场经济建设的重要性。同时，公平竞争审查制度也首次写入反垄断法。早在2016年6月14日，国务院即发布《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》，建立公平竞争审查制度，规范政府有关行为，防止出台排除、限制竞争的政策措施，逐步清理废

¹ 征求意见的截止日期为2021年11月21日。

除妨碍全国统一市场和公平竞争的规定和做法。2021年9月，市场监管总局等五部门联合印发《公平竞争审查制度实施细则》，进一步强化公平竞争审查制度的落实。截至目前，市场监管部门已审查新出台政策措施文件85.7万件，纠正违反审查标准的文件4100件；清理存量政策措施文件189万件，废止和修订妨碍全国统一市场和公平竞争的文件近3万件²。

本次《修正草案》将公平竞争审查制度写入反垄断法，将有助于在国家立法层面进行整体部署，全面推进公平审查制度的落实。这无疑将更好地打击行政垄断，确保市场准入、产业发展、政府采购等政策和规范性文件符合竞争政策要求，从而为市场主体创建公平竞争的市场环境。

二、抓大放小，确立垄断协议的“安全港”制度

《修正草案》首次从立法层面规定了垄断协议的“安全港”制度³：经营者能够证明其相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准的，不适用本法第十六条（横向垄断协议）、第十七条（纵向垄断协议）、第十八条（组织其他经营者达成垄断协议或提供实质性帮助）的规定，但有证据证明经营者达成的协议排除、限制竞争的除外。这无疑将为企业开展业务提供了更大的确定性。

此前，《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南》（“《汽车指南》”）⁴、《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》（“《禁止滥用知识产权的规定》”）⁵等规定或指南也在一定程度上构建了以市场份额为基础的“安全港”制度：

适用行为	《汽车指南》	《禁止滥用知识产权的规定》
横向垄断协议	《汽车指南》对横向垄断协议没有设置安全港规则。	具有竞争关系的经营者在相关市场的份额合计不超过20%，或者在相关市场上存在至少四个可以以合理成本得到的其他独立控制的替代性技术，通常经营者行使知识产权行为的协议不被认定为垄断协议。
纵向垄断协议	在相关市场占有30%以下市场份额的经营者可能被推定为不具有显著市场力量。不具有显著市场力量的经营者设置的纵向地域限制和客户限制可以推定豁免。	经营者与交易相对人在相关市场上的市场份额均不超过30%，或者在相关市场上存在至少两个可以以合理成本得到的其他独立控制的替代性技术，通常经营者行使知识产权行为的协议不被认定为垄断协议 ⁶ 。

解读：

1. 相较之前的规定和指南，《修正草案》首次在法律层面提出“安全港”规则，且其适用范围包括横向协议、纵向协议、以及组织、帮助其他经营者实施协议或提供实质性帮助的情形（轴辐协议），即符合安全港规则的协议，不被认定为第16条、第17条或第18条下规制的协议。

² 参见《强化反垄断深入推进公平竞争政策实施 - 访国家市场监督管理总局局长张工》，来源《人民日报》。

³ 《修正草案》第19条。

⁴ 2019年1月4日成文，2020年9月18日发布。

⁵ 2020年10月23日修订。

⁶ 此外，在《国务院反垄断委员会关于知识产权领域的反垄断指南》（“《知识产权指南》”，2019年1月4日成文，2020年9月18日发布）中对于涉及知识产权的协议也设置了安全港规则：“如果经营者符合下列条件之一，通常不将其达成的涉及知识产权的协议认定为《反垄断法》第十三条第一款第六项和第十四条第三项规定的垄断协议，但是有相反的证据证明该协议对市场竞争产生排除、限制影响的除外。

（一）具有竞争关系的经营者在相关市场的市场份额合计不超过20%；

（二）经营者与交易相对人在受到涉及知识产权的协议影响的任一相关市场上的市场份额均不超过30%；

（三）如果经营者在相关市场的份额难以获得，或者市场份额不能准确反映经营者的市场地位，但在相关市场上除协议各方控制的技术外，存在四个或者四个以上能够以合理成本得到的由其他经营者独立控制的具有替代关系的技术。”

2. 对于不同协议类型下“安全港”的市场份额标准，将有待国务院反垄断执法机构予以明晰。

3. 但值得注意的是，即使符合相应的市场份额标准，如果有证据证明经营者达成的协议排除、限制竞争的，相关协议仍将被认定为垄断协议。因此，是否任何类型垄断协议都能基于安全港规则而豁免反垄断责任，尚待观察。比如，2020年1月公布的《反垄断法修订草案（公开征求意见稿）》（“《2020年征求意见稿》”）曾规定横向垄断协议中三种最严重的“核心垄断协议”，即固定价格、分割市场和限制产量或销量，执法过程中不适用中止调查程序。我们理解，其原因即在于这三种协议通常具有排除、限制竞争的效果。因此，这三类协议很可能不适用安全港规则。对于很多企业非常关心的固定转售价格安排，是否在执法中会通常认定为会排除、限制竞争从而不予适用安全港规则，也有待反垄断执法机构予以明确或在执法中表明态度。

三、定分止争，澄清转售价格维持举证责任

《修正草案》将垄断协议的定义从现有的第13条横向垄断协议中移至第二章垄断协议的开篇作为单独一个条款，我们理解其目的是从体例上进一步澄清不论是横向协议还是纵向协议，具有排除和限制竞争效果都应是其构成垄断协议的前提。

对于纵向垄断协议，《修正草案》新增了经营者能够证明固定转售价格和限定最低转售价格的纵向垄断协议不具有排除、限制竞争效果的，将不予禁止。该条文表明反垄断法下禁止的纵向垄断协议（包括转售价格维持），需要具有排除、限制竞争的效果，但是，对于转售价格维持，应由当事人举证，其所从事的协议不具有排除、限制竞争效果。在未来的执法过程中，反垄断执法机关可能会更多地听取企业对于纵向垄断协议竞争效果的陈述和抗辩，双方将就这一问题有机会进行更深入地论证。

对于经营者如何才能证明纵向垄断协议不具有排除、限制竞争的效果，《修正草案》没有给出进一步的指导，有待后续的立法和执法明确。在过往对纵向垄断协议的执法实践中，2021年某药业公司实施垄断协议行为案中曾对企业抗辩纵向协议不具有排除、限制竞争效果提供了详细分析，从中也可以看出，即使企业产品市场份额较低，要成功证明其转售价格维持不具有排除限制竞争效果仍然面临极大的难度。

案例解读：

在某药业公司实施垄断协议行为案中⁷，针对被调查经营者固定药品转售价格和限定药品最低转售价格的协议，市场监管总局分别从以下三个方面论证了其具有排除、限制竞争的效果，损害消费者和社会利益：第一，从取证获得的公司文件中可以得出当事人具有强烈的固定和限定价格目的；第二，药品零售市场集中度较低，零售终端服务具有同质化特点，当事人及其产品市场优势地位，经销商对当事人重点产品具有一定依赖性。同时，当事人通过各类惩罚措施进一步加强了其协议条款的强制性和惩罚性，使得经销商只能遵守其产品价格要求。第三，固定和限定价格行为显著提高了产品价格，严重损害了消费者合法权益和社会公共利益。

被调查的经营者则对此提出了两点抗辩理由：一是其产品市场份额较低，相关行为不会产生排除、限制竞争的影响，二是产品出厂价（开票价）整体呈现下降趋势，说明市场竞争充分，消费者福利上升。

但最终市场监管总局基于以下三点理由认为上述抗辩理由并不成立：一是国务院反垄断委员会专家

⁷ 参见国市监处〔2021〕29号行政处罚决定书。

咨询组成员召开专家论证会，专家一致认为达成固定转售价格和限定最低转售价格协议目的就是为了消除竞争，具有排除、限制竞争的影响，对此类协议的适用原则依法为原则禁止加例外豁免。二是出厂价更多关系到生产厂家和经销商之间的利益划分，零售价才是决定消费者利益的关键所在，零售价格呈逐年上升的趋势。三是当事人的垄断行为不仅限制了市场竞争，而且直接或间接提高了相关产品价格，导致零售价格以及医院价格没有降到其应降到的竞争水平价格，损害了消费者的利益。

此外，对于横向垄断协议，《修正草案》并未对排除、限制竞争效果的举证责任做出规定，我们倾向于理解这表明立法和执法机关均推定法律中所明确列举的横向垄断协议具有排除、限制竞争的效果。

四、查漏补缺，明确“轴辐协议”下责任

《修正草案》明确了“经营者不得组织其他经营者达成垄断协议，或为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助”。该条被业内评价为主要用于规制“轴辐协议”，以填补目前反垄断立法上的漏洞。

解读：如何理解“帮助”达成垄断协议：

相较此前《2020年征求意见稿》所规定的，“禁止经营者组织、帮助其他经营者达成垄断协议”，《修正草案》提出对于经营者“实质性帮助”其他经营者达成垄断协议的情况下，该经营者需要承担责任。如何解读“实质性帮助”，仍需要未来通过执法和细化规则予以澄清。

根据域外的执法案例，在认定“轴辐协议”时，一般需要考虑，位于“轴”的经营者是否与辐之前达成的纵向协议，以及其是否“促成”各辐之间达成横向垄断协议的效果。比如，在某电子书案件中，某一线上销售平台主动与出版商协议沟通，达成代销协议并在代销协议中设置最惠国条款，促成了在高度集中的市场上主要出版商近乎一致且突然地涨价。

对于企业来说，需要特别关注是否存在可能产生协助其他经营者达成横向垄断协议效果的风险。比如，企业对其经销商发布关于价格、促销、数量等统一政策，进行统一沟通管理，搭建共通平台时，可能促成多名经销商在价格、数量等方面达成一致。

此外，《修正草案》也再次明确了组织、帮助达成垄断协议的法律后果，即如果经营者违反了该条规定，将同样适用对于达成垄断协议者的责任规定⁸。

五、与时俱进，针对互联网领域特点，为反垄断执法提供法律依据

针对平台经济领域中的滥用市场支配地位行为，《修正草案》明确规定，经营者不得滥用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等排除、限制竞争⁹。具有市场支配地位的经营者利用数据和算法、技术以及平台规则等设置障碍，对其他经营者进行不合理性限制的，属于滥用市场支配地位的行为¹⁰。

而对于利用数据和算法、技术以及平台规则实施滥用行为的具体表现形式，此前公布的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》（“《平台反垄断指南》”）进行了列举，具体包括：

⁸ 《修正草案》第56条。

⁹ 《修正草案》第10条。

¹⁰ 《修正草案》第22条。

滥用市场支配地位行为	表现形式
拒绝交易	<ul style="list-style-type: none"> 在平台规则、算法、技术、流量分配等方面设置不合理的限制和障碍，使交易相对人难以开展交易； 控制平台经济领域必需设施的经营者拒绝与交易相对人以合理条件进行交易。
限定交易	<ul style="list-style-type: none"> 通过屏蔽店铺、搜索降权、流量限制、技术障碍、扣取保证金等惩罚性措施限定交易； 通过补贴、折扣、优惠、流量资源支持等激励性方式限定交易。
搭售或者附加不合理交易条件	<ul style="list-style-type: none"> 利用格式条款、弹窗、操作必经步骤等交易相对人无法选择、更改、拒绝的方式，将不同商品进行捆绑销售； 以搜索降权、流量限制、技术障碍等惩罚性措施，强制交易相对人接受其他商品； 强制收集非必要用户信息。
差别待遇	<ul style="list-style-type: none"> 基于大数据和算法，根据交易相对人的支付能力、消费偏好、使用习惯等，实行差异性交易价格或者其他交易条件； 实行差异性标准、规则、算法。

对互联网企业的反垄断执法活动自2020年11月开始，在互联网执法层面效果显著，先后对多家互联网企业从事“二选一”等行为进行了处罚。可以预期，互联网领域的执法在未来仍将是重中之重，处罚的行为类型也将更为广泛。

六、完善制度，明晰对未达法定申报标准的经营者集中的执法权限，经营者集中引入“停表”制度

《修正草案》从法律层面，明确了经营者集中未达到国务院规定的申报标准，但有证据证明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，执法机构应当依法进行调查¹¹。此前仅在《国务院关于经营者集中申报标准的规定》中对此有相同规定。《修正草案》将这一原则提高到了法律层面。

对于如何具体判定未达到申报标准的经营者集中可能带来排除、限制竞争效果，有待未来的配套法规和实践的进一步明确，值得企业持续关注。此前，《平台反垄断指南》和《关于原料药领域的反垄断指南》（“《原料药反垄断指南》”）也对此做出了一些规定，我们总结如下供企业参考：

¹¹ 《修正草案》第26条。

行业性指南	相关规定
《平台反垄断指南》	在平台经济领域，在（1）参与集中的一方经营者为初创企业、新兴平台，（2）参与集中的经营者因采取免费或者低价模式导致营业额较低，（3）相关市场集中度较高、参与竞争者数量较少等情况下，对于未达到申报标准且具有前述情形的经营者集中，具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，反垄断执法机构将对其依法进行调查处理 ¹² 。
《原料药反垄断指南》	部分原料药品种市场规模较小，市场经营者数量较少，在相关市场的市场份额和市场集中度较高时，对于未达到申报标准但可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中，经营者可以主动申报；对于未达到申报标准但有证据表明经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，反垄断执法机构应当依法进行调查 ¹³ 。

此外，《修正草案》引入“停表”制度，即规定了三种中止计算经营者集中审限的情形，包括：

- 在经营者未按规定提交文件、资料导致审查工作无法进行；
- 出现对经营者集中审查具有重大影响的新情况、新事实需要进行核实；
- 经营者集中附加的限制性条件需要进一步评估，且经营者同意的¹⁴。

“停表”制度无疑增加了经营者集中审查时限的弹性，避免僵化适用审查时限要求所带来的不必要的程序性操作（例如撤回再申报）。同时，通过明确了“停表”制度适用情形，也从一定程度上避免了审查时限过分延长导致行政程序缺乏确定性。

七、重点监管，加强对民生、金融、科技、媒体等领域经营者集中审查

《修正草案》明确提出反垄断执法机构应当加强民生、金融、科技、媒体等领域经营者集中的审查。¹⁵

由于相关领域过于具体，是否适合在立法层面进行规定存在一定争议。但是，我们理解，《修正草案》至少向企业传递了讯息，即对于上述行业，经营者集中审查可能会更加全面、谨慎地评估该项交易是否可能对市场竞争产生影响。这与近来国家市场监督管理总局对互联网行业的并购加强审查的实践也是一致的。

一方面，对于涉及互联网企业的交易，市场监管总局审查可能会要求对该企业所在的所有相关市场均进行界定，即不仅考虑对该次交易所涉及的市场、也考虑对关联市场的影响。另一方面，从审查时间的角度，涉及科技、媒体等领域的经营者集中案件的审查时间相对较长，从目前已公布的部分经营者集中简易案件来看，该等领域中的经营者集中简易案件的审查时间最长为立案后 50 天¹⁶，而一般行业的经营者集中案件在立案后平均的审查时间仅为 14 天左右。

此外，对于上述重点关注行业，在经营者集中审查过程中，不排除反垄断执法机构将更多地听取行业主管部门的意见。比如，对于金融领域中的经营者集中审查，2021 年 1 月 21 日，中国人民银行公布《非

¹² 《平台反垄断指南》第 19 条。

¹³ 《原料药反垄断指南》第 23 条。

¹⁴ 《修正草案》第 32 条。

¹⁵ 《修正草案》第 37 条。

¹⁶ 腾讯控股有限公司收购天津动漫堂艺术发展有限公司股权案，涉及的相关市场为中国动画制作市场；中国漫画制作市场、中国网络漫画作品传播市场、中国网络视频作品传播市场。该案于 2021 年 6 月 29 日立案，8 月 25 日获得批准。

银行支付机构条例（征求意见稿）》，明确强化支付领域反垄断监管措施，中国人民银行可以向国务院反垄断执法机构建议采取停止实施集中等措施¹⁷。

八、加大处罚，大幅提高对违法实施经营者集中行为的处罚力度

《修正草案》对违法实施集中大幅提高了处罚力度：

处罚对象	现行《反垄断法》	《修正草案》
违法实施集中	50 万元以下罚款	(1) 具有排除、限制竞争效果的，处上一年度销售额百分之十以下的罚款
		(2) 不具有排除、限制竞争效果的，处五百万元以下的罚款

相比于《2020 年征求意见稿》，本次《修正草案》将“不具有排除、限制竞争效果的”违法实施集中行为的处罚金额上限降低为五百万元。我们理解，如果交易能够适用简易程序申报，通常被推定认为“不具有排除、限制竞争效果”，但是对于已经实施的集中，反垄断局可能不仅会回溯考察集中实施时的情况，也会考察交易所产生的实际效果。

对于《修正草案》生效后，在此之前违法实施集中的交易，不排除可能由于其经营者集中状态一直处于违法状态，而在新法实施后，追溯适用新法下的罚则。因此，对于目前已经发生的未依法申报实施集中的情况，建议企业考虑进行自查，适时进行补充申报，排除合规风险。

九、加强垄断行为处罚，增加个人责任

对于垄断行为，《修正草案》进一步完善了相关行为的处罚金额：

处罚对象	现行《反垄断法》	《修正草案》
达成并实施垄断协议	没收违法所得，并处上一年度销售额 1% 以上 10% 以下的罚款	<ul style="list-style-type: none"> 没收违法所得，并处上一年度销售额 1% 以上 10% 以下的罚款 针对达成并实施垄断协议，且上一年度没有销售额的经营者，罚款上限确定为 500 万元以下
尚未实施所达成的垄断协议的	50 万元以下的罚款	300 万元以下的罚款
情节特别严重的情况	无规定	对于情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的违法行为，以及拒绝配合调查的行为，可以按照相关规定的罚款数额的二倍以上五倍以下处以罚款。

¹⁷ 参见：中国人民银行于 2021 年 1 月 20 日发布的《非银行支付机构条例（征求意见稿）》第 57 条：“非银行支付机构未遵循安全、高效、诚信和公平竞争原则，严重影响支付服务市场健康发展的，中国人民银行可以向国务院反垄断执法机构建议采取停止滥用市场支配地位行为、停止实施集中、按照支付业务类型拆分非银行支付机构等措施。”

值得注意的是，对于违法所得难以准确计算的情况，《修正草案》规定，反垄断执法机构应当将违法所得作为确定具体罚款数额时的考虑因素¹⁸。这意味着，违法所得难以计算的，其罚款金额可能会相应提高。

《修正草案》另一重要变化是，对于违法行为，增加了个人可能承担的责任：

- 达成垄断协议企业的法定代表人、主要负责人和直接责任人员，可处以 100 万元以下罚款¹⁹；
- 引入刑事责任：此次《修正草案》延续《2020 年征求意见稿》，增加了对于垄断行为本身追究刑事责任的规定：经营者违反本法，构成犯罪的，依法追究刑事责任²⁰。

目前，我国刑法尚未针对经营者的垄断行为规定相应的刑事责任，对于垄断行为的刑事责任仍有待《刑法》及相关修正案进一步明确。

此外，《修正草案》还规定受到行政处罚将载入信用记录，并对严重违法失信行为给予信用惩戒²¹。

十、明确垄断行为的民事责任，增加公益诉讼制度

除行政层面加强执法外，反垄断民事诉讼也日益升温。众多引人注目的案件目前正在审理过程中。对于实施垄断行为的民事责任，《修正草案》明确，给他人造成损失的，依法承担停止损害、恢复原状、赔偿损失等民事责任²²。

此外，《修正草案》从法律层面提出了反垄断法下检察院的公益诉讼制度：经营者实施垄断行为，侵害社会公共利益的，人民检察院可以向人民法院提起民事公益诉讼²³。截至 2020 年底，已有 18 个省级人大常委会通过决定或决议，授权检查机关在互联网侵害公益、个人信息保护等相关领域探索公益诉讼实践²⁴。贵州检察机关办理的网络餐饮凭条不正当竞争公益诉讼案，也被最高院评为典型公益诉讼案例²⁵。可以预期，对于涉及民生等重要领域的垄断行为，如平台二选一、大数据杀熟等，未来可能会出现更多的检察院公益诉讼。

结语

见微知著，洞悉《修正草案》体现出的变化，可以预见，反垄断法在修订后将成为更为锋利的武器，为我国强化反垄断执法提供坚实的法律基础；而与此同时，预期修订后的反垄断法也将通过安全港等制度给与企业经营更大的确定性和预期性，在执法过程中也将给予企业更充足的抗辩空间。

¹⁸ 《修正草案》第 59 条。

¹⁹ 《修正草案》第 56 条。

²⁰ 《修正草案》第 67 条。

²¹ 《修正草案》第 64 条。

²² 《修正草案》第 60 条。

²³ 《修正草案》第 60 条。

²⁴ 参见最高检察院加强公益诉讼，https://www.spp.gov.cn/spp/zd gz/202104/t20210408_515117.shtml。

²⁵ 参见《法制生活报》，http://szb.fzshb.cn/fzshb/20201223/html/page_06_content_000.htm。

辨析修订，再划重点 ——《平台经济反垄断指南》解读

宁宣凤 柴志峰 张若寒 杜楠 高锐

引言

2020年11月10日，国家市场监督管理总局发布《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》（“以下简称《征求意见稿》”）。《征求意见稿》发布后，实务界、学界、业界高度关注，在整体肯定的同时，也有不同声音提出质疑。与此同时，国内互联网平台领域出现了又一起标志性反垄断诉讼，一系列涉互联网平台反垄断执法调查也浮出水面。

放眼国际，可以看到，我国对互联网平台领域反垄断执法的关注并非是孤立事件，而是国际互联网反垄断浪潮下的一朵浪花。同一时期，欧美对于互联网数字经济的反垄断措施亦愈发严格：欧盟于2020年底发布了《数字服务法案》和《数字市场法案》草案，明确数字服务提供者的责任并限制大型互联网平台企业的恶性竞争行为；美国国会反垄断委员会2019年启动对互联网巨头长期涉嫌滥用市场支配地位进行垄断、抑制竞争、侵害用户隐私、破坏新闻出版多元化等问题展开调查，并

为此召开7轮听证会，终于在2020年10月初正式发布长达450页的调查报告《Investigation of Competition In Digital Markets》（《数字市场竞争的调查》），同时谷歌、Facebook等企业均遭遇反垄断诉讼。

在国内外互联网平台领域反垄断诉讼频发，反垄断执法调查方兴未艾的背景下，2021年2月7日，我国发布了《关于平台经济领域的反垄断指南》（“以下简称《正式稿》”），该指南虽不具有严格的法律约束力，但作为我国第一部官方正式发布的、专门针对平台经济领域的反垄断指南，全面而系统性地梳理了反垄断执法机构对平台经济领域反垄断执法的分析思路和考虑因素，是一面崭新的镜子，企业正可用以“正衣冠”，更好地评估商业模式的反垄断合规性，提升市场预期。

以下，我们结合《正式稿》对《征求意见稿》的修改，选取若干个热点问题进行探讨，对《正式稿》进行简要解读。

一、相关市场界定要不要做？——仍是“必需品”

界定相关市场就是明确经营者竞争的市场范围，科学合理界定相关市场，对识别竞争者和潜在竞争者、判定经营者市场份额和市场集中度、认定经营者的市场地位、分析经营者的行为对市场的影响、判断经营者行为是否违法以及在违法情况下需承担的法律責任等关键问题，具有重要的作用。

尽管如此，在最高法指导案例360诉腾讯的“3Q大战”中，法院认为“能否明确界定相关市场取决于案件具体情况……如果通过排除或者妨碍竞争的直接证据，能够对经营者的市场地位及被诉垄断行为的市场影响进行评估，则不需要在每一个滥用市场支配地位的案件中，都明确而清楚地界定相关市场。”

与“3Q大战”的法院观点相似，《征求意见稿》中也提出固定价格、分割市场的横向垄断协议和维持转售价格的纵向垄断协议可不明确界定相关市场，而滥用市场支配地位案例则通常应当界定相关市场，尽管如此，“在特定个案中，如果直接事实证据充足，只有依赖市场支配地位才能实施的行为持续了相当长时间且损害效果明显，准确界定相关市场条件不足或非常困难，可以不界定相关市场，直接认定平台经济领域经营者实施了垄断行为”。但我们看到，《正式稿》中删除了上述规定，明确垄断协议、滥用市场支配地位和经营者集中审查通常均需要界定相关市场。

就平台经济领域反垄断执法而言，相关市场界定通常涉及到多维而复杂的考虑因素，是难度最大的环节之一。《正式稿》坚持将相关市场界定作为平台经济领域反垄断执法的“必需品”，实际上体现出反垄断执法机构精细化执法、科学执法的办案要求。此外，在一些专业领域，反垄断执法机构也可能通过与相关监管机构合作的方式，共同研究、调查相关企业反垄断合规问题。例如，2021年1月20日，中国人民银行发布《非银行支付机构条例（征求意见稿）》，就非银行支付服务市场这一相关市场的界定和市场支配地位的认定提出了专业观点，为央行和反垄断执法机构的合作提供了法律基础。

二、相关市场怎么界定？——整体市场和细分市场需个案分析

《正式稿》在相关商品市场界定中均使用需求替代和供给替代分析的方法。值得注意的是，《征求意见稿》提出经营者通常以获得用户广泛和持久的注意力为目的，因此不能简单根据平台基础服务界定相关商品市场；而在《正式稿》中，有关“注意力”经济的表述未再保留。《正式稿》最终提出，可以根据平台一边的商品界定相关商品市场；也可以根据平台所涉及的多边商品，分别界定多个相关商品市场，并考虑各相关商品市场之间的相互关系和影响。当该平台存在的跨平台网络效应能够给平台经营者施加足够的竞争约束时，可以根据该平台整体界定相关商品市场。

结合《正式稿》对《征求意见稿》内容的修订，企业如希望以平台整体界定相关市场，需掌握详实、全面的证据证明跨平台网络效应；同时应做好按照细分市场进行市场界定的准备，主张不同业务均以“吸引用户注意”为目的，进而界定一个宽泛市场的尝试恐将面临更多挑战。

三、协同行为还是价格跟随？——“独立意思表示”是关键

协同行为是垄断协议的构成之一，为《反垄断法》所明确禁止。实践中，协同行为常常因没有明确订立的协议或者决定，具有较强隐秘性。而在平台经济领域中，协同行为可能通过数据、算法、平台规则或者其他与平台经济密切相关的方式实施，导致在具体行为的调查和认定上存在更大困难。

国务院反垄断委员会办公室负责同志在就《正式稿》答记者问时提到，鉴于平台经济的复杂性，认定平台经济领域协同行为可以通过直接证据判定。如果直接证据较难获取，可以根据《禁止垄断协议暂行规定》第六条规定¹，按照逻辑一致的间接证据，认定经营者对相关信息的知悉状况，判定经营者之间是否存在协同行为²。这一点上，没有做好合规的企业将面临更大风险。

当然，“一致”并不代表违法。价格跟随等平

¹ 《禁止垄断协议暂行规定》第六条规定：认定其他协同行为，应当考虑下列因素：（一）经营者的市场行为是否具有一致性；（二）经营者之间是否进行过意思联络或者信息交流；（三）经营者能否对行为的一致性作出合理解释；（四）相关市场的市场结构、竞争状况、市场变化等情况。

² 请参见《国务院反垄断委员会办公室负责同志就〈国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南〉答记者问》：http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/xwxc/s/202102/t20210207_325971.html。

行行为的一个显著特征，就是这些行为的领导者和跟随者在外在行为表现上具有相似性或一致性，产生相关行为构成“横向垄断协议”的嫌疑，而“独立意思表示”正是经营者自证清白的“救命稻草”。《正式稿》在第五条“垄断协议的形式”部分首次明确指出，基于独立意思表示作出的价格跟随等平行行为，不当被认定为“协同行为”。这一规定为经营者针对横向垄断协议的抗辩提供了支持，但经营者如何证明意思表示作出的独立性，如何“自证清白”，《正式稿》并未给出明确答复。

从合规角度出发，平台经济领域经营者应当更加谨慎地对待其与竞争者之间的信息交换，避免提供或获得其他竞争者的相关敏感信息，强化内部合规体系设计和执行。此外，经营者在进行定价等重要商业决策时，应当坚持独立性原则和公平性原则，保存相关证据记录，以便在必要时能够对一致性行为做出客观、合理解释。

四、最惠国条款可能反竞争？——贯穿垄断协议和滥用市场支配地位案件

最惠国条款的概念起源于国际法，后广泛应用于商业领域，通常表现为要求价格、数量等方面的最优合作条件。互联网平台经济蓬勃发展起来后，一些平台方为吸引和稳固用户，减少商家搭便车可能性，会要求平台内经营者在商品价格、数量等方面向其提供等于或者优于其他竞争性平台的交易条件。

《征求意见稿》中直接提及了最惠国条款可能构成纵向垄断协议，但同时也提到可考虑经营者签订该条款的商业动机、对市场的控制能力以及实施该条款对市场竞争、消费者利益和创新的影响等因素，综合评价最惠国条款的积极效果和反竞争效果。《正式稿》中则删掉了“最惠国条款”这一直接概念，替代以更具体的描述，并进一步强调该等行为可能构成垄断协议，也可能构成滥用市场支配地位。值得注意的是，尽管最惠国条款目前位于《正式稿》纵向垄断协议部分，但其也有可能促成横向垄断协议的达成。

最惠国条款的反竞争效果包括但不限于以下几点，企业在评估风险时需要着重考虑：

- **减少平台内经营者在其他平台的降价意愿：**在不适用最惠国条款情况下，商家更愿意通过灵活的降价和折扣方式延揽新的客户，扩大总收益；但如果适用最惠国条款，意味着商家自身降价或在其他平台降价后，也要在签署最惠国条款的平台降价，除非降价可使总销量提升到一定值，否则该等降价会降低总收益；
- **促成横向垄断协议：**最惠国条款能够一定程度上对抗信息不对称性和未来不确定性，更容易促成横向垄断协议达成（特别是在市场上相关平台、商家的竞争者数量有限的情况下）；
- **提高市场进入壁垒：**最惠国条款的应用，使得新进入的平台经营者更难拿到商家的优惠条件，从而降低了新进入期内以较低的价格争取客户的可能性。

五、轴辐协议管不管？——或成为未来反垄断执法关注重点

《正式稿》中明确，平台经济领域的轴辐协议即指具有竞争关系的平台内经营者借助与平台经营者之间的纵向关系，或者由平台经营者组织、协调，所达成具有横向垄断协议效果的轴辐协议。如该等轴辐协议涉嫌构成《反垄断法》第十三条、第十四条下的垄断协议，依然会受到反垄断执法的规制。

尽管现行《反垄断法》并未涉及对于轴辐协议的解读，但近期立法实践中已经多次明确提出了轴辐协议所涉及的反垄断风险。例如，在2020年1月2日发布的《中华人民共和国反垄断法》修订草案（公开征求意见稿）中，规定“禁止经营者组织、帮助其他经营者达成垄断协议”；在2020年10月13日发布的《关于原料药领域的反垄断指南（征求意见稿）》中，指出“对于原料药生产企业，……应当避免通过第三方（如原料药经销企业、下游药品生产企业）沟通原料药销售价格、产量规模、产销计划等敏感信息”。此外，在《经营者反垄断合规指南》、《上海市经营者反垄断合规指引》等诸多反垄断领域指引性文件中，均强调了轴辐协议的反垄断风险。

我们注意到，我国反垄断执法机构曾对于汽车领域等的相关轴辐合谋行为进行过行政处罚。而随着近期诸多反垄断立法及指引性文件对于轴辐协议这一概念的不断重复和强调，我们有理由相信，轴辐协议或将成为未来反垄断执法中持续重点关注的行为，企业应对合规漏洞及时封堵并举一反三。

六、限定交易方式二分法？——激励方式较惩罚措施风险更低

在分析具有市场支配地位的平台经济领域经营者是否构成限定交易时，《正式稿》中对于使用惩罚性措施还是激励性方式实施限制给予了区分认定，采用惩罚性措施通常被认为对市场竞争和消费者利益产生直接损害，一般可以认定为构成限定交易行为；而通过激励性方式实施限制，则认为该等限制可能对平台内经营者、消费者利益和社会整体福利具有一定积极效果，该种限制行为仅对市场竞争产生明显的排除、限制影响时，才可能被认定构成限定交易行为。这体现了反垄断执法机构在对于带来积极社会效果的行为进行相关违法性认定时，或将采取更为审慎的态度。

基于《正式稿》体例，该等针对惩罚或激励方式进行区分认定的思路主要适用于限定交易的场景。而该等思路是否会沿用至其他滥用市场支配地位的行为，亦或是扩展至其他垄断协议行为，还有待相关立法以及执法实践中进一步明确。需要强调的是，针对一些更为排除限制竞争效果更为明显的行为，例如控制转售价格，执法机构在多个场合反复强调，无论是正向激励还是负面惩罚，都将违反《反垄断法》。

七、排他性协议是否安全？——多重因素综合分析

排他性协议包括排他性销售（独家销售）和排他性购买（独家购买）。针对不具有市场支配地位的一般经营者，《反垄断法》仅在第14条第3项以“兜底条款”的形式为禁止纵向非价格限制提供了法律依据。

上海市市场监督管理局于2019年12月26日发布的《上海市经营者反垄断合规指引》中首次将排他性销售和排他性购买与“限制经销商实施被动销售与交叉供货的地域限制或者客户限制”平行列举，提示了这两类排他性安排可能的反垄断风险。此外，《关于汽车业的反垄断指南》也明确指出，汽车供应商单方制定并强制经销商接受不合理的销售目标、库存品种和数量，有可能导致经销商承担合同产品的排他购买义务，因而排除、限制相关市场的竞争，可能被认定为违反《反垄断法》第14条第3项的纵向垄断协议。而《征求意见稿》也明确提到排他性协议的反垄断风险，即排他性协议可能构成《反垄断法》第14条规定的其他垄断协议。

但区别于在认定纵向价格限制时采取的本身违法原则，由于纵向非价格限制在某些情况下可能具有促进竞争的效果，可能适用豁免情形，因此反垄断执法机构需要基于合理原则分析，综合评估纵向非价格限制的反竞争效果。本次《正式稿》将“排他性协议”有关规定从垄断协议部分删除，并不影响具有排除、限制竞争效果的排他性协议被认定为构成纵向垄断协议，但却从侧面体现了反垄断执法机构更加审慎的态度，相关企业在抗辩时或将拥有更大的空间。

八、未达到申报标准的交易可以畅通无阻？——特殊类型交易需注意

《正式稿》中明确对于未达到申报标准，但按照规定程序收集的事实和证据表明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构应当依法进行调查。同时，经营者也可以就未达到申报标准的经营者集中主动向国务院反垄断执法机构申报。

值得企业注意的是，对于一些特殊类型的案件，尽管未达到申报标准，仍会受到反垄断执法机构高度关注，包括参与集中的一方经营者为初创企业或者新兴平台、参与集中的经营者因采取免费或者低价模式导致营业额较低、相关市场集中度较高、参与竞争者数量较少等类型的平台经济领域的经营者集中。我们也看到，国外一些司法辖区反垄断执法和司法领域对扼杀性收购提起高度关注，且《正式稿》将“防止资本无序扩张”纳入对平台经济领域反垄断监管的基本原则，因此，建议大型平台企业进行投资并购交易时，尤其对反垄断执法机构的主动调查权提起注意。

此外，我们注意到《非银行支付机构条例（征求意见稿）》中提及“非银行支付机构未遵循安全、高效、诚信和公平竞争原则，严重影响支付服务市场健康发展的，央行可以向国务院反垄断执法机构建议采取停止滥用市场支配地位行为、停止实施集中、按照支付业务类型拆分非银行支付机构等措施”。根据该条例起草说明的相关表述，该条例的效力级别可能为行政法规，可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。如果上述条款生效，反垄断执法机构不仅可以在未依法申报经营者集中案件和主动调查的经营者集中案件中施加要求经营者剥离相关业务等结构性救济，不排除在非经营者集中审查框架下，综合考虑非银行支付机构的反竞争影响，会同央行一起对非银行支付机构按业务类型进行拆分。

以上是我们对正式稿的简要解读。互联网平台经济作为新兴经济，本身是复杂的、多变的，对其商业行为的反垄断合规性分析也因此“千企千面”。面对汹涌而至的互联网平台反垄断执法、诉讼浪潮，我们愿与企业一道，深入实际，共同探讨各项复杂问题。

《关于平台经济领域的反垄断指南》十大亮点解读

刘成 李雨濛 洪露申 叶弘韬

2010年11月10日，国家市场监督管理总局反垄断局（“市场监管总局”）公布了《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》（“《平台指南（征求意见稿）》”）¹，并于2021年2月7日正式颁布《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》（“《平台指南》”）²。《平台指南》的出台正式拉开了我国加强平台经济反垄断执法的序章。

《平台指南》共分为六章二十四条，在《反垄断法》基本制度和框架下，结合平台经济的特点，对垄断协议、滥用市场支配地位行为、经营者集中和滥用行政权力排除、限制竞争等相关制度进行了非常有针对性的说明，特别值得关注的是：

- 针对平台经济的业务模式特点，对于平台经济领域垄断协议和滥用市场支配地位的规制进行细化。如明确经营者可以通过算法、技术手段等达成垄断协议；对于如何认定典型的滥用市场支配地位行为，即不公平价格行为、低于成本销售、拒绝交易、限定交易、搭售或附加不合理交易条件、以及差别待遇，针对平台经济的特点对相关规则进行了细化，指出如平台在一定情况下可能构成必需设施，搜索降权、流量限制等是平台经营者限定交易、搭售的常用手段。一些热点和前沿话题，如算法共谋、轴辐协议、“二选一”、“大数据杀熟”等，《平台指南》均进行了讨论。
- 针对在互联网领域使用较多的协议控制（VIE）架构，明确涉及VIE架构的经营者集中也属于审查范围。同时，考虑到平台经济与传统经济营业额计算有所差别，对平台经营者的营业额如何计算给出了指引。

在本文中，我们将对《平台指南》中十大亮点进行解读。

亮点一：开宗明义，针对平台经济特点明确相关市场界定方法

《平台指南》³首先明晰了平台经济的特点，即业务类型复杂、竞争动态多变。在界定相关商品市场时，可以基于平台功能、商业模式、用户群体、多边市场、线下交易等因素进行需求替代分析，基于市场进入、技术壁垒、网络效应、锁定效应、转移成本、跨界竞争等因素进行供给替代分析；根据平台特点，相关地域市场通常界定为中国市场或区域市场，个案情况可以界定为全球市场。

¹ 参见市场监管总局官网，http://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202011/t20201109_323234.html?utm_source=ZHShareTargetIDMore。

² 参见市场监管总局官网，https://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fldj/202102/t20210207_325967.html。

³ 参见《平台指南》第四条。

针对平台的双边或多边属性，《平台指南》特别指出，“可以根据平台一边的商品界定相关市场，也可以根据平台所涉及的多边商品，分别界定多个相关商品，并考虑各相关商品市场之间的相互关系和影响。当该平台存在的跨平台网络效应能够给平台经营者施加足够的竞争约束时，可以根据该平台整体界定相关商品市场”⁴。我们理解，在执法中，执法机构可能会特别考量“传导效应”或“锁定效应”，即基于经营者在平台一侧市场上的市场支配地位，结合锁定效应、用户粘性等因素，来评估该经营者在相关市场上的市场力量。

亮点二：紧跟前沿，算法共谋明确列为垄断协议新方式

随着计算机和网络科技的进步，垄断协议的达成也不再局限于书面的协议或是秘密的会议，先进的技术手段、数据和算法也有可能被用来达成垄断协议，亦即算法共谋，这一问题一直是全球重点关注的反垄断前沿问题。

《平台指南》明确指出，通过算法、技术手段等可以构成横向垄断协议或纵向垄断协议，同时，对涉及算法共谋的垄断协议的新方式进行了补充：

垄断协议类型	涉及算法共谋的垄断协议新方式
横向垄断协议 ⁵	<ul style="list-style-type: none"> 利用平台收集并且交换价格、销量、成本、客户等敏感信息 利用技术手段进行意思联络 利用数据、算法、平台规则等实现协调一致行为
纵向垄断协议 ⁶	<ul style="list-style-type: none"> 利用技术手段对价格进行自动化设定 利用平台规则对价格进行统一 利用数据和算法对价格进行直接或者间接限定 利用技术手段、平台规则、数据和算法等方式限定其他交易条件，排除、限制市场竞争

亮点三：明确规则，跨平台平价协议可能构成纵向垄断协议

最惠国待遇条款指承诺给予交易相对人的交易条件不低于其现在或未来给予任何其他第三方相对人的交易条件的条款，随着传统线下商品和服务越来越多地转移到网络平台销售，最惠国待遇条款再次进入各国反垄断执法机关的视野。《平台指南（征求意见稿）》曾明确最惠国待遇条款可能构成纵向垄断协议，并进一步澄清了具体分析时需要考虑的因素，包括经营者签订该条款的商业动机、对市场的控制能力以及实施该条款对市场竞争、消费者利益和创新的影响等⁷。正式颁布的《平台指南》没有再采用最惠国待遇条款这一说法，而是针对跨平台行为进行了更广泛的描述，即“平台经营者要求平台内经营者在商品价格、数量等方面向其提供等于或者优于其他竞争性平台的交易条件的行为可能构成垄断协议，也可能构成滥用市场支配地位行为”⁸。”

⁴ 参见《平台指南》第四条。

⁵ 参见《平台指南（征求意见稿）》第六条；《平台指南》第六条。

⁶ 参见《平台指南（征求意见稿）》第七条；《平台指南》第七条。

⁷ 参见《平台指南（征求意见稿）》第七条。

⁸ 参见《平台指南》第七条。

《平台指南》所提出的评价体系与中国或其他司法辖区此前的一些典型案例所体现的监管思路是一致的。例如，欧盟之前在对在线酒店预订平台的调查中，从纵向协议角度，考虑对相关市场的影响⁹。而在中国执法机构过往的执法案例中，上海市场监督管理局曾认定具有市场支配地位的企业达成以最低采购数量为生效条件的、含有最惠国条款的协议，构成了滥用市场支配地位限定交易¹⁰。因此，企业应谨慎评估最惠国待遇条款等跨平台平价协议，从纵向垄断协议和滥用市场支配地位两个角度分析其中的法律风险。同时，对于通过跨平台平价协议达成横向固定价格的效果，也可能存在构成轴辐协议的风险。

亮点四：拾遗补缺，轴辐协议纳入规制范围

产业链上不同层级的经营者可能达成外观上为多个纵向垄断协议但实际上具有横向垄断协议效果的复杂垄断协议，即轴辐协议。由于轴辐协议往往具有多个不相关纵向垄断协议的外观，在其中起到组织、协调作用的具有竞争关系的经营者往往得不到有效的规制。《平台指南》指出具有竞争关系的平台经营者可能借助与平台经营者之间的纵向关系，或者由平台经营者组织、协调，达成具有横向垄断协议效果的轴辐协议¹¹。同时，《平台指南》也再次强调了达成轴辐协议的方式也包括利用技术手段、平台规则、数据和算法等。

此外，2021年10月23日公布的《中华人民共和国反垄断法（修正草案）》（“《反垄断法（修正草案）》”），明确了“经营者不得组织其他经营者达成垄断协议，或为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助¹²。”该条规定被业内评价为主要用于规制“轴辐协议”，以填补目前反垄断立法上的漏洞。对于平台企业来说，需要特别关注是否存在可能产生协助其他经营者达成横向垄断协议效果的风险。

亮点五：审时度势，结合平台经济特点认定市场支配地位

市场支配地位的认定通常是判断滥用市场支配地位行为的起点和难点。在《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》中，市场监管总局提出了认定互联网等新业态经营者具有市场支配地位时需考虑的额外因素¹³。《平台指南》在此基础上，结合平台经济的特点，予以进一步细化，下表中总结了其中新增的因素：

认定市场支配地位的基本因素	结合平台经济特点需考虑的新增因素
市场份额以及相关市场竞争状况	<ul style="list-style-type: none"> 确定市场份额时，交易金额、交易数量、销售额、活跃用户数、点击量、使用时长或者其他指标 需考虑该市场份额持续的时间 分析市场竞争状况，可以考虑相关市场的发展状况、现有竞争数量和市场份额、平台竞争特点、平台差异程度、规模经济、潜在竞争者情况、创新和技术变化等
控制市场的能力	<ul style="list-style-type: none"> 除控制上下游市场或者其他关联市场的能力外，还需考虑阻碍、影响其他经营者进入相关市场的能力 需考虑相关平台经营模式、网络效应，以及影响或者决定价格、流量或者其他交易条件的能力等

⁹ 参见 ECN, Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector, 2017年4月6日。

¹⁰ 参见 http://gkml.samr.gov.cn/nsjg/fljdj/201904/t20190429_293282.html。

¹¹ 参见《平台指南》第八条。

¹² 参见《反垄断法（修正草案）》第十八条。

¹³ 《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第十一条规定，“认定互联网等新业态经营者具有市场支配地位，可以考虑相关行业竞争特点、经营模式、用户数量、网络效应、锁定效应、技术特性、市场创新、掌握和处理相关数据的能力及经营者在关联市场的市场力量等因素”。

认定市场支配地位的基本因素	结合平台经济特点需考虑的新增因素
财力和技术条件	<ul style="list-style-type: none"> 需考虑该经营者的投资情况、资产规模、资本来源、盈利能力、融资能力、技术创新和应用能力、拥有的知识产权、掌握和处理相关数据的能力 需考虑该财力和技术条件能够以何种程度促进该经营者扩张或者巩固、维持市场地位等
其他经营者在交易上的依赖程度	<ul style="list-style-type: none"> 需考虑其他经营者与该经营者的交易关系、交易量、交易持续时间 需考虑锁定效应、用户黏性 需考虑其他经营者转向其他平台的可能性及转换成本等
进入相关市场的难易程度	<ul style="list-style-type: none"> 需考虑市场准入、平台规模效应、资金投入规模、技术壁垒、用户多栖性、用户转换成本、数据获取的难以程度、用户习惯等

实践中，反垄断执法机构已分别对三起平台企业“二选一”行为滥用市场支配地位进行了查处¹⁴。反垄断执法机构在评估经营者是否具有市场支配地位时，不仅多维度地考察市场份额及其持续时间，也结合平台经济的特点分析其它可能实现竞争约束的因素。比如，考虑经营者的雄厚财力和技术条件，指出经营者拥有海量的交易、物流、支付、用户评价等数据，对比其他竞争性平台优势明显；关注用户黏性、锁定效应、数据积累等平台经济特征，指出用户不易在不同平台间迁移；考虑获客成本，指出新进入者进入相关市场难度大；关注相关经营者的生态化布局，考虑经营者在关联市场的优势会进一步巩固和增强经营者的市场力量。

亮点六：突破难点，拒绝交易规则得到进一步细化

《平台指南》对实践中滥用行为认定的一大难点拒绝交易的相关规则提供了更多细化的指导。

首先，《平台指南》指出了平台经济领域拒绝交易的多样表现形式，除传统的停止、拖延、中断现有交易、拒绝开展新的交易外，还囊括了行业特有的在平台规则、算法、技术、流量分配等方面设置限制和障碍，使交易相对人难以开展交易，也再次强调了控制必需设施的经营者拒绝与交易相对人以合理条件进行交易这一形式¹⁵。从《平台指南》的行文来看，相关平台构成必需设施似乎并非证明拒绝交易的绝对必要前提，只是可能构成拒绝交易的一种情形。

其次，就相关平台构成必需设施的情形，《平台指南》详细地列出了其中需要考虑的因素，给予了更加清晰的指引：即需要考虑平台占有数据情况、其他平台的可替代性、是否存在潜在可用平台、发展竞争性平台的可行性、交易相对人对该平台的依赖程度以及开放平台对该平台经营者可能造成的影响等。

实践中，在互联网领域，可能会存在由于用户的锁定效应以及平台的其他优势等因素，导致平台构成必需设施的情况。例如，2021年2月7日北京知识产权法院受理的某互联网平台的诉讼案件中，原告诉称某互联网即时通信平台具备完备齐全的用户好友关系，深入用户生活的各个领域，属于具有市场支配地位的基础设施¹⁶。法院对此问题的分析值得进一步关注。

¹⁴ 三起案件分别是市场监管总局对在中国境内网络零售平台服务市场垄断案的查处（处罚决定参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210409_327698.html），上海市监局对某平台企业滥用市场支配地位案的查处（处罚决定参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210412_327737.html），以及市场监管总局对某平台企业在中国境内网络餐饮外卖平台服务市场垄断案的查处（处罚决定参见 https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202110/t20211008_335367.html）。

¹⁵ 参见《平台指南》第十四条。

¹⁶ 相关新闻参见 <https://finance.sina.com.cn/stock/s/2021-02-15/doc-iktssap5906830.shtml>。

亮点七：关注热点，对“二选一”等限定交易问题具体规制

对于要求交易相对人在竞争性平台间进行“二选一”的行为，《平台指南》将其明确列举为限定交易的类型。

《平台指南》提出认定是否构成限定交易重点考虑的两种情形¹⁷，一是平台经营者通过搜索降权、流量限制、技术障碍、扣取保证金等惩罚性措施实施的限制，从而产生直接损害时，一般可认定构成限定交易行为；二是平台经营者通过补贴、折扣、优惠、流量资源支持等激励性方式实施的限制，可能对平台内经营者、消费者利益和社会整体福利具有一定积极效果，但如果对市场竞争产生明显的排除、限制影响，也可能被认定构成限定交易行为。上述执法思路在三起“二选一”滥用市场支配地位案件中也有所体现¹⁸。而具体限定的措施，也包括通过电话、口头方式，以及通过平台规则、数据、算法、技术等方面的实际设置限制或者障碍的方式。

但同时，《平台指南》也特别指出，为维护平台合理的经营模式所必须也可能成为限定交易的正当理由¹⁹。

此外，对于“二选一”行为，《平台指南》也指出，平台经营者与交易相对人达成的排他性协议，可能构成《反垄断法》所规制的其他纵向垄断协议²⁰。因此，在平台经营者不具有市场支配地位的情况下，综合考虑平台经营者的市场力量、相关市场竞争状况、对其他经营者进入市场的阻碍程度、对消费者利益和创新的影响等因素，如果排他协议具有排除、限制竞争效果的，也可能会按照纵向垄断协议予以规制。

亮点八：前沿执法，明确“大数据杀熟”等差别待遇问题

对于之前曾引起了广泛争议的“大数据杀熟”行为，《平台指南》也作出了特别规定²¹。具有市场支配地位的平台经济领域经营者，如果基于大数据和算法，根据交易相对人的支付能力、消费偏好、使用习惯等，实行差异性交易价格或者其他交易条件；或制定实行差异性标准、规则和算法；或实行差异性付款条件和交易方式，则可能构成通过差别待遇的方式滥用市场支配地位。

针对差别待遇，实践中一大难点是如何认定交易相对人的交易条件相同。对此，《平台指南》指出²²，条件相同是指交易相对人之间在交易安全、交易成本、信用状况、所处交易环节、交易持续时间等方面不存在实质性影响交易的差别。平台在交易中获取的交易相对人的隐私信息、交易历史、个体偏好、消费习惯等方面存在的差异不影响认定交易相对人条件相同。

《平台指南》也列举了一些实施差别待遇行为可能具有的正当理由。如，平台经营者是针对新用户的首次交易在合理期限内开展的优惠活动；基于平台公平、合理、无歧视的规则实施的随机性交易，则可以不被认定为差别待遇行为。

亮点九：量体裁衣，针对平台经济模式解读经营者集中标准

《平台指南》考虑到了平台经济领域与传统经济在商业模式上的差别，由此导致营业额的计算可能有所区别。对此，《平台指南》规定，对于仅提供信息匹配、收取佣金的平台经营者，可以平台所收取

¹⁷ 参见《平台指南》第十五条。

¹⁸ 在行为分析上，执法机构均互联网平台的特殊行为方式纳入考量的执法思路：由于平台经济的技术特点，具有市场支配地位的平台可以通过惩罚性措施（如搜索降权、流量限制、技术障碍、扣除保证金等）或者激励性措施（搜索加权、平台补贴、优先配送、扩大配送范围、降低起送价格等）实施“二选一”安排。对于通过正面激励措施达成的“二选一”行为，只有在通过正面激励行为从事的“二选一”行为，排除、限制了相关市场竞争的情况下，才可能被认定限定交易。这表明，对于通过正面激励形式促成限定交易方的要求，执法机关会更谨慎的综合评估行为带来的积极效果和消极效果。

¹⁹ 参见《平台指南》第十五条。

²⁰ 参见《平台指南》第七条。

²¹ 参见《平台指南》第十七条。

²² 参见《平台指南》第十七条。

的服务费及平台其他收入计算营业额；对于具体参与平台一侧市场竞争的平台经营者，可以平台所涉及交易金额及平台其他收入计算营业额²³。

此外，由于平台经济商业模式的特殊性，其可能存在营业额很低，无法达到经营者集中申报的标准，但这种集中又会对相关市场的竞争产生明显的排除、限制效果的情况。《平台指南》特别提出²⁴，当参与集中的一方经营者为初创企业、新兴平台，或者参与集中的经营者因采取免费或者低价模式导致营业额较低，在这些情形下，虽然集中未达到申报标准，但如果具有或可能具有排除、限制竞争效果，反垄断执法机构仍然可以依法进行调查处理。

亮点十：澄清疑惑，明确涉及 VIE 架构的经营者集中纳入审查范围

由于 VIE 架构本身的合法性一直未能明确，如何处理具有 VIE 架构的经营者集中问题一直是实践中的一大难点，在一些涉及 VIE 架构的互联网行业并购中也曾因为涉嫌未依法申报而引发热议。2020 年 7 月，国家市场监督管理总局首次公开受理并无条件批准一例参与集中方涉及 VIE 架构的交易²⁵，但这是否意味着普遍对于所有涉及 VIE 架构的交易均将正常受理和审查，此前仍存在诸多疑惑。

《平台指南》针对这一问题进行了澄清，明确指出，涉及 VIE 架构的经营者集中，属于经营者集中反垄断审查范围²⁶。因此，针对 VIE 的问题得到进一步澄清。企业应谨慎地评估其涉及 VIE 架构的交易是否触发申报义务。

此外，市场监管总局目前已经公布多起涉及 VIE 架构的交易未依法申报、违法实施经营者集中的行政处罚决定²⁷，相关处罚也表明，对于在《平台指南》发布之前未依法申报的涉及 VIE 架构的交易，仍然可能面临受到处罚的风险。

²³ 参见《平台指南》第十八条。

²⁴ 参见《平台指南》第十九条。

²⁵ 参见 http://www.samr.gov.cn/fldj/ajgs/jzjyajgs/202004/t20200420_314431.html；
http://www.samr.gov.cn/fldj/ajgs/wtjjzajgs/202007/t20200722_320099.html。

²⁶ 参见《平台指南》第十八条。

²⁷ 参见 https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202012/t20201214_324335.html；
https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202012/t20201214_324340.html；
https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202012/t20201214_324337.html。

原料药领域反垄断的“诊”与“治”——《关于原料药领域的反垄断指南》重点解读

宁宣凤 柴志峰 贾梦琳 张贤

我国原料药行业垄断行为多发，影响药品价格和稳定供应，损害市场竞争和消费者利益，牵涉民生福祉。因此，原料药行业一直是我国反垄断执法机构重点关注的领域。2017年11月，国家发展和改革委员会（下称“国家发改委”）发布《短缺药品和原料药经营者价格行为指南》；2020年10月，国家市场监督管理总局（下称“市场监管总局”）发布《关于原料药领域的反垄断指南（征求意见稿）》（下称“《征求意见稿》”）；2021年11月18日，国务院反垄断委员会正式发布《关于原料药领域的反垄断指南》（下称“《原料药指南》”）。《原料药指南》的出台为原料药行业相关企业再添一份明确且具有实操性的反垄断合规指引性文件。本文将梳理《原料药指南》重点内容，以期为相关企业评估自身经营行为所涉反垄断合规风险、完善反垄断合规体系建设提供有益参考。

一、概述

（一）明确原料药领域反垄断监管的基本原则，体现反垄断执法态度和决心

为有效开展对原料药领域的反垄断监管，维护原料药领域市场竞争秩序，保护消费者利益和社会公共利益，《原料药指南》开宗明义地确立了原料药领域反垄断监管的四项基本原则：保护市场公平竞争、依法科学高效监管、注重保护消费者利益、持续强化法律威慑。

对于“持续强化法律威慑”这一基本原则，《原料药指南》提出，“反垄断执法机构持续加大原料药领域执法力度，对明知有关行为违反《反垄断法》故意实施或者采取措施规避调查的，依法从严从重作出处理，强化法律威慑，有效遏制原料药领域垄断行为，着力增进民生福祉”。这体现出我国反垄断执法机构对原料药领域严厉的执法态度以及坚定的执法决心。可以预见，反垄断执法机构未来仍会持续关注原料药领域及相关领域，原料药经营者以及药品经营者、药械经营者应当进一步加强对经营活动反垄断合规的重视，避免反垄断法律风险。

二、相关市场界定

（一）原料药品种众多，如何界定相关商品市场？

1. 一种原料药一般构成单独的相关商品市场，且可能进一步细分

我国是原料药生产和出口大国，原料药品种众多，不同品种的原料药在作用原理和应用上往往存在差异。《原料药指南》指出，“由于原料药对于生产药品具有特殊作用，一种原料药一般构成单独的相关商品市场”。

同时，《原料药指南》进一步规定，“同一品种的原料药也可能根据具体情况作进一步细分”。这一规定也符合我国反垄断执法机构以往的执法实

践。例如，在2020年葡萄糖酸钙原料药垄断案中，市场监管总局将葡萄糖酸钙原料药细分为注射用和口服用葡萄糖酸钙原料药；2017年某两家公司异烟肼原料药价格垄断案中，国家发改委将异烟肼原料药细分为医药级和化工级异烟肼原料药。此外，根据《原料药指南》，原料药领域相关商品市场“根据具体情形，可能需要进一步划分为原料药生产市场和原料药经销市场”。这种根据供应链不同环节细分相关商品市场的思路与此前发布的《关于汽车业的反垄断指南》（下称“《汽车指南》”）相似。根据《汽车指南》，汽车经销可能需要细分为汽车批发和汽车零售市场。因此我们建议，原料药经营者应综合考虑不同维度可能的细分市场，更为谨慎全面地评估自身市场力量。

2. 具有替代关系的不同品种原料药可能构成同一相关商品市场

《原料药指南》规定，“如不同品种原料药之间具有替代关系，可能根据具体情况认定多个品种原料药构成同一相关商品市场”。据此，如果不同品种原料药具有一定替代性，例如可用于生产下游的同种药品，或者虽然用于生产下游的不同种药品，但各种药品在用途、治疗效果等方面相同或相似，或者不同品种原料药的生产工艺、原理及生产设施具有替代性，也存在一定可能性将不同品种原料药认定为同一相关商品市场。

（二）原料药领域的各类垄断案件是否均需界定相关市场？

《征求意见稿》曾提出，“不同类型垄断案件对于相关市场界定的实际需求不同。当原料药经营者之间达成固定价格、分割市场、限制产量等横向垄断协议以及固定转售价格、限定最低转售价格的纵向垄断协议，执法机关在违法性认定上可不明确界定相关市场；对于滥用市场支配地位案件，相关市场界定通常是认定经营者滥用市场支配地位行为的第一步；开展原料药经营者集中反垄断审查，通常需要首先界定相关市场……”。《原料药指南》最终删去了上述规定，未对市场界定在不同类型的垄断案件中的作用进行“区别对待”。

这从侧面可以说明，相关市场界定仍是原料药领域各类垄断案件的分析起点和重要步骤，是原料药领域反垄断执法的“必需品”，符合反垄断执法

精细化、科学化、规范化要求。相关市场界定对识别竞争者和潜在竞争者、判定经营者市场份额和市场集中度、认定经营者的市场地位、分析经营者的行为对市场竞争的影响、判断经营者行为是否违法以及在违法情况下需承担的法律 responsibility 等关键问题，具有重要作用。特别地，对于垄断协议案件，我们注意到日前公布的《反垄断法（修正草案）》引入了“安全港”制度，即如果经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准的，不适用《反垄断法》中垄断协议相关规定，但有证据证明经营者达成的协议排除、限制竞争的除外。因此，未来如果“安全港”制度正式落地，如何界定相关市场将会直接决定原料药经营者市场份额的大小，对其能否成功适用“安全港”制度将至关重要。

三、垄断协议

（一）将经营者独立的价格跟随行为排除在协同行为之外

价格跟随行为一般表现为一家企业（价格领导者）率先确定或调整商品价格，其他企业（价格跟随者）接受该价格或进行相应价格调整。由于价格领导者和价格跟随者的行为趋同，在行为外观上与《反垄断法》所禁止的协同行为具有相似性。

根据《禁止垄断协议暂行规定》，协同行为是指“经营者虽未明确订立协议或者决定，但实质上存在协调一致的行为”。《原料药指南》明文禁止原料药领域的经营者之间的协同行为。并且，由于协同行为不存在明确的协议或者决定，具有很强的隐蔽性，与此前发布的《关于平台经济领域的反垄断指南》（下称“《平台指南》”）类似，《原料药指南》允许反垄断执法机构借助于逻辑一致的间接证据，认定经营者对相关信息的知悉情况，判定经营者之间是否存在协同行为。

但是，经营者的价格跟随行为并非必然等同于协同行为。认定协同行为的核心考虑要素之一为经营者之间是否进行过意思联络或者信息交流。如果经营者未与其他经营者进行意思联络或者信息交流，而是基于自身独立意思表示作出价格跟随行为，那么就有机会自证清白，可免于受到反垄断法规制。目前，《原料药指南》和《平台指南》均将“有关经营者基于独立意思表示所作出的价格跟随等平行

行为”排除在协同行为之外。这为经营者进行垄断协议抗辩提供了一定空间，但是实践中经营者如何成功证明其意思表示的独立性，有待反垄断执法机构未来在具体案件中予以明晰。

（二）明确联合生产、联合采购、联合销售等协议安排的反垄断法律风险

《原料药指南》明确规定，“原料药生产企业与具有竞争关系的其他经营者通过联合生产协议、联合采购协议、联合销售协议、联合投标协议等方式商定原料药生产数量、销售数量、销售价格、销售对象、销售区域等”，一般会构成《反垄断法》第十三条禁止的垄断协议行为。

我们注意到，《汽车指南》提出，“某些类型的横向协议，如……联合生产协议、联合采购协议等，通常能够增进效率和促进竞争，有利于增加消费者福利。比如新能源汽车研发与生产过程中的横向协议，可以使经营者分担投资风险、提高效率、促进社会公共利益”。相较于《汽车指南》，《原料药指南》对于经营者之间的联合生产、联合采购、联合销售、联合投标等协议安排似乎采取趋严态度，并未提及相关协议安排潜在的促进竞争效果。因此我们建议，原料药经营者在达成联合生产、联合采购、联合销售、联合投标等协议安排时，应当谨慎评估潜在的反垄断合规风险，应避免通过上述协议安排与其他经营者商定原料药生产数量、销售数量、销售价格、销售对象、销售区域等。

（三）首次规定与其他经营者达成不生产或者不销售、并给予补偿的协议存在反垄断法律风险

《原料药指南》首次规定，“原料药生产企业与具有竞争关系的其他原料药经营者达成不生产或者不销售原料药、其他原料药经营者给予补偿的协议”，一般会构成《反垄断法》第十三条禁止的垄断协议行为。原料药生产企业通过补偿竞争对手，与竞争对手达成不生产或不销售某一原料药的约定，可能会产生分割市场、限制原料药产销量等横向垄断协议效果，因此同样属于横向垄断协议的一种表现形式。《原料药指南》第一次将上述行为明确纳入规制，我们建议原料药经营者给予重视，及时避免采取相关做法带来横向垄断协议违法风险。

（四）对原料药经营者的地域限制、客户限制等纵向非价格限制行为进行严格规制

在原料药领域，地域限制是指原料药经营者限定交易相对人只在特定经销区域对下游一个或者若干个原料药经销企业供货，下游原料药经销企业不向其他经销区域销售；客户限制是指原料药经营者限定交易相对人只能将原料药销售给或者不得销售给特定的原料药经销企业、药品生产企业。由于地域限制和客户限制可能导致市场分割、价格歧视，削弱原料药市场竞争，并且还可能导致其他经营者难以获得相关产品供应，使原料药和药品价格维持高位，《原料药指南》明确提出，“原料药经营者实施地域限制或者客户限制，可能构成《反垄断法》第十四条禁止的垄断协议行为”。

考虑到原料药行业与汽车行业均具有经销环节在产业链中比重较高的特点，《原料药指南》对地域限制、客户限制这些纵向非价格限制行为进行明文规定其实与《汽车指南》表达了相同关注。但不同之处在于，《汽车指南》的规定更为细化，例如区分了经营者的被动销售和主动销售活动，并且提出了地域限制、客户限制行为可能具有的促进竞争效果（提高经销效率），而《原料药指南》则未作此等规定。因此相比于汽车行业，反垄断执法机构对原料药领域的地域限制、客户限制行为可能会采取更严格的执法态度。并且，结合我国原料药行业特点，同一原料药市场内竞争者数量有限，品牌间竞争本身即不充分。所以，原料药经营者应当对可能影响品牌内经销商竞争的纵向非价格限制行为更加谨慎。

（五）专条规定原料药领域的轴辐协议

轴辐协议通常在形式上具有纵向协议的外观，最终可实现横向垄断协议的效果。《原料药指南》专条规定了轴辐协议，“经营者不得组织原料药经营者达成垄断协议或者为其达成垄断协议提供实质性帮助。具有竞争关系的原料药经营者可能借助与其他经营者之间的纵向关系，或者由其他经营者组织、协调，达成具有横向垄断协议效果的轴辐协议。分析该协议是否属于《反垄断法》第十三条规制的垄断协议，主要考虑原料药经营者是否应知或者明知其他经营者与同一原料药经销企业签订相同、相似或者具有相互配合关系的协议”。

这与日前公布的《反垄断法（修正草案）》遥相呼应。根据《反垄断法（修正草案）》，“经营者不得组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助”。除此之外，近两年我国其他的诸多反垄断立法及指引性文件均不断提及轴辐协议的反垄断风险，例如《平台指南》《经营者反垄断合规指南》《上海市经营者反垄断合规指引》等。我们认为，反垄断执法机构未来很可能提高对原料药领域轴辐协议的执法力度，建议原料药经营者应当重视此等反垄断合规风险。

四、滥用市场支配地位行为

根据原料药领域公开的行政处罚案件，自2011年第一起原料药垄断案以来，反垄断执法机构已办结16起原料药垄断案件，处罚28家企业。以近两年的执法情况为例（如下表所示），2021年至今已公布5起原料药垄断案件的行政处罚，案件数量达到往年之最；同时处罚力度也有明显升级，例如2020年葡萄糖酸钙原料药案中，三家涉案企业之一的罚款比例达到了年销售额10%，是反垄断执法机构作出的第一起顶格罚款案件。考虑到原料药行业背景及市场结构特点，较常形成市场上一家独大的寡头垄断局面，因此在垄断行为类型上主要与滥用市场支配地位有关。

近两年原料药领域反垄断执法案例			
序号	结案时间	所涉相关市场	违法行为
1	2021.11	中国境内氯解磷定原料药销售市场	以不公平的高价销售、附加不合理交易条件
2	2021.9	中国境内苯酚原料药销售市场	以不公平高价销售
3	2021.6	中国境内药用樟脑原料药市场	横向垄断协议（固定或变更商品价格）
4	2021.4	中国境内醋酸氟轻松原料药市场	横向垄断协议（固定或变更商品价格，分割销售市场或者原材料采购市场）
5	2021.1	中国境内巴曲酶浓缩液原料药销售市场	没有正当理由，拒绝交易
6	2020.11	中国境内盐酸溴己新原料药市场	附加不合理交易条件
7	2020.4	中国境内注射用葡萄糖酸钙原料药销售市场	以不公平的高价销售，附加不合理交易条件

（一）市场支配地位认定注意到存在实际控制的情形

如上文所述，原料药领域界定相关市场相较于其他行业领域更加直接明确。在此基础上，关于认定原料药经营者在相关市场上是否具有支配地位，《原料药指南》一方面结合原料药行业特点列举了认定市场支配地位的一般考虑因素，另一方面还进一步指出在有证据证明原料药经营者对其他经营者进行实际控制时，一般将该原料药经营者与被实际控制经营者的市场份额合并计算。

这一规定在反垄断执法机构以往的执法实践中已得到实际应用。例如，在2020年葡萄糖酸钙原料药案中，三家涉案企业之间并不存在法律上的相互持股或关联关系，但是市场监管总局经调查发现一家涉案企业对另外两家涉案企业在人员任职、业务经营安排、财务账户管理、利润返还等方面联系紧密，因此将三家涉案企业视为一个共同主体，合并计算市场份额。所以我们建议，相关企业在衡量自身市场份额时，应综合考虑所实际控制的其他原料药经营者的市场份额，以全面评估自身的市场力量。

（二）从执法实践出发，列明常见滥用行为及其考虑因素

《原料药指南》结合执法实践，指出原料药领域常见的滥用市场支配地位行为包括以不公平的高价销售原料药、拒绝与交易相对人交易、限定交易相对人只能与其交易、搭售商品或者在交易时附加不合理交易条件、对条件相同的交易相对人实行差别待遇等。

根据我国近两年的执法情况，原料药领域滥用市场支配地位案件主要涉及原料药经销企业，其通常与原料药生产企业达成独家经销协议或总代理合同，以取得对原料药货源的绝对控制，并在此后大幅提高原料药销售价格（相较成本加价过多、取得独家经销权前后历史价格对比悬殊、内部流转层层加价），提出其他与原料药销售本身不相关的附加交易条件（限定超出需求的最低采购量、额外收取没有实质内容的技术服务费、强制回购），或者拒绝向下游的药品生产企业供货等。《原料药指南》充分考虑以往执法经验，对常见滥用行为如何分析判断分别详细阐明了考虑因素，对于未来企业参照比较以评估合规性具有较强的实践指导意义。

（三）对于共同滥用市场支配地位保持持续关注

《原料药指南》延续《禁止滥用市场支配地位的暂行规定》关于共同滥用市场支配地位的规定，说明了认定共同滥用市场支配地位还应当考虑市场结构、相关市场透明度、相关商品同质化程度、经营者行为一致性等因素。

根据现有的两起原料药领域共同滥用市场支配地位案件，反垄断执法机构在认定共同支配地位时均落脚到经营者行为具有一致性这一要素上。在异烟肼原料药案中，两家涉案企业在同一时期均出于提高销售价格的目的，与同一第三方达成独家包销协议，仅向该第三方及其指定的制剂企业和商业公司供货，拒绝其他需求方的购买要求；在扑尔敏原料药案中，一家涉案企业掌控原料药进口权，并基于潜在收购意图和实际影响对另一家涉案企业具有一定控制力，从而相互协调配合实施一致性行为。

五、经营者集中

（一）明确对未达营业额申报标准的经营者集中的执法权限并鼓励事先商谈

《原料药指南》关注到原料药领域可能存在某些原料药品种市场规模较小，经营者营业额有限，但是如果相关市场集中度较高，实施经营者集中可能对相关市场及上下游带来排除、限制竞争的影响，参

与集中的经营者可以主动申报。并且，与《国务院关于经营者集中申报标准的规定》《经营者集中审查暂行规定》《平台指南》相承接一致，《原料药指南》同样明确了对于未达营业额申报标准但有证据表明具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，反垄断执法机构应当依法进行调查。《原料药指南》还提到鼓励原料药经营者初步判断后，在实施集中前尽早主动申请商谈。

根据已公开的执法案件，有的案件中提到原料药经销企业拟收购市场上仅存的另一家原料药经销企业，也有的涉及原料药经销企业意图收购下游制剂企业以进入下游药品生产环节，未来反垄断执法机构可能还会视情况通过经营者集中审查的路径加以监管。因此我们建议，原料药经营者应重视经营者集中申报合规，对于未来拟进行的投资并购交易以及历史交易，均应主动评估是否需要进行经营者集中申报，减少反垄断合规风险。

结语

《原料药指南》作为原料药行业的反垄断合规指引性文件，对原料药行业相关企业的经营活动具有重要指导意义。在当前反垄断执法态势趋严的背景下，我们建议企业提高反垄断合规意识，依据《反垄断法》《原料药指南》等进行主动自查，评估目前的商业模式和经营管理行为是否面临反垄断法律风险，适时做出调整，并不断完善企业反垄断合规体系建设，实现企业的长远健康发展。

感谢实习生赵飞燕对本文作出的贡献。

平台经济反垄断



平台经济领域反垄断合规锦囊

宁宣凤 柴志峰 王叶 宋雪影

引言

去年，国家市场监督管理总局（“总局”）以及上海市市场监督管理局连续发布了两起针对平台经济领域经营者滥用市场支配地位的处罚决定，同时总局还在案件中首次下发了一份《行政指导书》。平台经济领域反垄断执法日益活跃。

《行政指导书》对广大平台经济领域经营者如何进行反垄断合规具有“教科书”般的参考意义。我们将结合《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》（“平台经济反垄断指南”），简析《行政指导书》中涉及的反垄断合规必知要点，以期为企业开展反垄断合规工作提供参考。

一、平台经济领域相关市场界定需考虑平台经济特点

在总局案件中，执法机关将相关市场界定为“中国境内网络零售平台服务市场”。由于网络零售平台服务市场属于双边市场，执法机关在具体分析时考虑了经济学上经典的“双边市场”（或“多边市场”）理论。双边市场的显著特征是具有跨边网络效应，即平台对一边用户的价值很大程度上取决于平台另一边用户的规模，使双边用户（即经营者和消费者）对网络零售平台服务的需求具有紧密关联。故而，执法机关从经营者和消费者两个角度分别进行了需求替代和供给替代分析。执法机关界定相关市场的思路与此前发布的《平台经济反垄断指南》中的思路一致。

由于平台经济业务类型复杂、竞争动态多变，因此平台企业市场界定比较复杂，除遵循《中华人民共和国反垄断法》（“反垄断法”）和《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》所确定的一般原则外，考虑平台经济的特点，通常还需要借助经济学分析，根据不同的生态圈、平台功能、应用场景等因素从多角度进行分析和界定。

举例而言，上海市市场监督管理局发布的针对某商贸发展有限公司在互联网餐饮外送平台服务市场实施“二选一”垄断行为的处罚决定书中，考虑了在线餐饮外送平台的双边性，并借助经济学工具进行假定垄断者测试，最终将相关市场界定为上海市提供英文服务的在线餐饮外送平台服务市场。这也是平

台经济领域第一起以服务语言类型为市场划分维度的滥用市场支配地位执法案件。

审慎起见，企业在进行合规自查中评估自身市场地位，应当综合考虑如何界定自己所处的相关市场，并应关注自己在可能的细分领域的市场地位。

二、平台企业滥用市场支配地位行为形式更具多样性

总局在《行政指导书》中明确提出，“不得利用技术手段、平台规则和数据、算法等，实施垄断协议和滥用市场支配地位行为，排除、限制市场竞争”。与传统领域相比，平台经济领域的垄断行为形式更加多样、更具隐蔽性。

平台经济领域经营者常见的滥用市场支配地位行为包括但不限于：向平台内经营者收取不公平高价服务费的不公平高价行为；“价格补贴”“红包大战”“社区团购”等可能构成低于成本销售的行为；利用搜索降权、流量限制等方式实施的拒绝交易或限定交易行为；利用默认勾选、弹窗等方式实施的搭售行为；强制收集非必要用户信息的附加不合理交易条件的行为；“大数据杀熟”的差别待遇行为。

虽然上述滥用市场支配地位行为的形式多样化，且随着平台经济的发展可能呈现更为纷繁复杂的表现形式，这些行为最终仍需落入《反垄断法》的分析框架并由《反垄断法》进行规制。

三、平台企业需关注的其他垄断行为

平台经济领域经营者还需警惕其他形式的垄断行为风险，例如：轴辐协议和最惠国待遇条款（MFN）。

近期出台的诸多反垄断领域指引性文件中，均强调了轴辐协议的反垄断风险。《平台经济反垄断指南》中再次明确提及“具有竞争关系的平台内经营者可能借助与平台经营者之间的纵向关系，或者由平台经营者组织、协调，达成具有横向垄断协议效果的轴辐协议。”平台经济领域的轴辐合谋可能基于算法的使用而更具有隐蔽性和复杂性。我们有理由相信，轴辐协议或将成为未来反垄断执法中持续重点关注的行为。平台经营者需更加谨慎地处理对平台内经营者的管理措施以及与平台内经营者之间的竞争性敏感信息的互换、共同算法软件的使用等。

另外，《平台经济反垄断指南》中明确了执法机构对最惠国待遇条款的监管意图和态度：“平台经营者要求平台内经营者在商品价格、数量等方面向其提供等于或者优于其他竞争性平台的交易条件的行为可能构成垄断协议，也可能构成滥用市场支配地位行为。”值得注意的是，尽管最惠国待遇条款目前列在《平台经济反垄断指南》纵向垄断协议部分，但其也有可能促成横向垄断协议的达成。虽然目前尚未有单独针对平台企业 MFN 条款的执法案例，但是平台经营者施加的 MFN 条款可能成为未来的一个执法方向，我们建议平台经营者在今后的商业实践中谨慎使用 MFN 条款。

四、平台经济领域的“公平合理无歧视”原则

“公平、合理、无歧视（Fair, Reasonable And Non-Discrimination, FRAND）”原是标准必要专利（Standard Essential Patents, SEPs）领域的基本原则，主要目的为约束专利权人滥用专利权的行为（例如许可费过高、捆绑搭售、差别待遇等），消除标准必要专利许可过程中通常会产生的“专利套牢”问题或“锁定效应”。FRAND 原则亦被用在反垄断执法领域。例如，在一些附条件批准的经营者集中案件中，总局也会向交易方附加包括依据 FRAND 原则持续供应产品等在内的救济措施。

在本案中，总局在《行政指导书》中明确提出，平台企业主体责任包括“按照公平合理无歧视的原则与平台内经营者开展合作，不得从事向平台内经营者收取不公平高价服务费、对平台内经营者施加不合理限制或者附加不合理交易条件、歧视性对待平台内经营者等行为。”。值得注意的是，在遵守FRAND原则的基础上，《行政指导书》允许平台企业对平台内经营者采取搜索降权、下架商品、暂停服务等惩罚性措施，但应当及时予以公示。

由此可见，平台经济领域的FRAND原则从正面规定了平台企业主体的责任，为平台企业合规经营、从源头避免滥用行为提供了规范和指引。

五、应报未报执法力度进一步加强

平台经济领域很多既往交易未进行经营者集中申报的原因是涉及VIE架构。自2020年起，总局开始受理涉及VIE架构的经营者集中申报，并在2021年2月出台的《平台经济反垄断指南》中也明确“涉及协议控制架构的经营者集中，属于经营者集中反垄断审查范围”。

自此，总局明显加大了对未依法申报违法实施经营者集中案件的查处力度，并公布了多起涉及VIE架构的未依法申报的处罚案件。据悉，总局仍在集中调查和处理众多头部企业涉嫌未依法申报违法实施经营者集中的案件，且调查案件时间跨度大，追溯至过去八年的交易。从《平台经济反垄断指南》中，我们也可以看出，总局高度关注涉及初创企业或者新兴平台的经营者集中。

此外，值得注意的是，按照我国现行《反垄断法》，对于违法实施经营者集中的罚款处罚金额为“五十万元以下”。而《反垄断法》修订草案（公开征求意见稿）将“应当申报而未申报即实施集中的”、“申报后未经批准实施集中的”、“违反禁止经营者集中的决定实施集中的”等情形的处罚额度均提高到“处上一年度销售额百分之十以下”。如果该草案最终通过，总局对于经营者集中违法行为的处罚力度会大幅提高。

基于上述，我们建议企业应尽快对既往交易是否需要经营者集中申报进行评估，并考虑是否向总局进行补报，以降低《反垄断法》修法后面临高额罚款的风险。

六、强监管时代，面临多头执法风险

除《反垄断法》外，互联网领域的垄断行为或不正当竞争行为还受其他法律的规制。

以“二选一”为例，《反不正当竞争法》第十二条中规定“经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为：……（二）误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或服务……”也可适用于规制独家交易行为。另外，《电子商务法》中也对“二选一”有所涉及，第三十五条规定“电子商务平台经营者不得利用服务协议、交易规则以及技术等手段，对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及与其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件，或者向平台内经营者收取不合理费用。”《网络交易监督管理办法》第三十二条在《电子商务法》基础上进一步细化，列举了一些平台干涉商家自主经营的情形，例如“不得通过搜索降权、下架商品、限制经营、屏蔽店铺、提高服务收费等方式禁止或者限制平台内经营者自主选择在多个平台开展经营活动，或者利用不正当手段限制其仅在特定平台开展经营活动”，也可用于规制“二选一”行为。基于公开渠道信息，我们注意到执法机构已经从价格法、反不正当竞争法等角度进行了相关处罚。

所以平台企业应该根据上述适用的法律法规，综合考虑在不同法律语境中可能的风险。

结语

我国执法机构对平台经营者的调查或处罚，其中释放的监管信号不言而喻，《平台经济反垄断指南》的发布更意味着反垄断执法机构已经对平台经济的监管做好了充分准备。国务院反垄断委员会办公室负责人在就《平台经济反垄断指南》答记者问时表示：“反垄断执法机构将根据平台经济的发展状况、发展规律和自身特点，结合案件具体情况，强化竞争分析和法律论证，不断加强和改进反垄断监管，增强反垄断执法的针对性和科学性。”与之相呼应，2021年1月27日，上海市市场监督管理局发布通知称，将在全市范围内开展不正当竞争专项整治行动，其中一项重点即是互联网平台领域的监管。因此，我们有理由相信，随着执法机构对于平台经济领域的日益关注，今后针对平台经济的反垄断监管调查将会成为常态。众多平台企业以及各个行业的头部企业也应该顺应监管形势，把反垄断合规作为例行的要求，加强合规，降低风险。

从反垄断热议案例，看平台经济领域反垄断合规监管新态势

刘成 李雨濛 杨静茹

2021年4月，国家市场监督管理总局（“总局”）和上海市场监督管理局（“上海市监局”）连续对两起互联网平台“二选一”行为做出行政处罚，引起社会广泛关注¹。随后，总局会同中央网信办、税务总局召开互联网平台企业行政指导会，要求34家平台企业在一个月内全面自检自查，逐项彻底整改，并向社会公开《依法合规经营承诺》，各家企业纷纷承诺将不再从事“二选一”等行为，严格遵守反垄断法²。

见微知著，上述两起处罚案件不仅仅对互联网“二选一”行为有指导意义，更体现了当前行政调查领域针对平台经济领域反垄断执法的趋势，特别是对于互联网平台滥用市场支配地位的案件，如何界定相关市场和认定市场支配地位，对于平台经济乃至传统经济都具有重要的借鉴意义。两起案件也揭示了，相对于3Q大战时期，我国互联网市场竞争监管的思路变化。在本文中我们将从两起案件出发，解析平台经济领域反垄断合规的新态势。

一、相关市场界定

两起“二选一”案件中，总局和上海市监局均首先对相关市场进行了明确的界定，这与《关于平台经济领域的反垄断指南》（“《平台指南》”）中对于调查平台经济滥用市场支配地位案件，通常需要界定相关市场的原则保持一致。同时，两起案件体现了下述相关市场界定的分析特点：

- **考虑平台的双边性，界定平台服务市场：**两起案件中，涉案平台都是一侧联系商户（即平台内经营者），另一侧联系用户（即消费者），商户和用户在平台上直接进行交易。两起案件中，执法机关分别从商户和用户角度，进行需求替代性分析，论证所涉产品的相关市场。但是，执法机关并没有界定多个相关市场（如面向商户和用户分别界定市场），而是充分考虑平台的网络效应，将相关市场界定为中国网络零售平台服务市场和上海市提供英文服务的在线餐饮外送平台服务市场。这与其他司法辖区的案例中，对于撮合交易型平台，通常按照平台服务界定一个相关市场的做法也是一致的³。

¹ 国市监处〔2021〕28号，处罚决定请见http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210409_327698.html；沪市监反垄处〔2020〕06201901001号，处罚决定请见http://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202104/t20210412_327737.html。

² 参见《市场监管总局、中央网信办、税务总局联合召开规范线上经济秩序行政指导会》，中央人民政府网站，http://www.gov.cn:8080/xinwen/2020-11/06/content_5558481.htm。34家互联网平台企业正在陆续公布《依法合规经营承诺》，请见<https://mp.weixin.qq.com/s/SIDIWWOcsEt89isAEJKi3Q>。

³ 参见 *Ohio v. American Express* 美国最高法院决定，Co. 138 S.Ct. 2274 (2018)。在该案中，美国联邦最高法院多数大法官认为相关市场可以界定为信用卡服务市场，美国运通向平台的两侧（即商户和用户）提供一个、同时发生的中介服务。

- **根据案件特点在不同维度界定细分市场：**在总局案件中，总局在论证过程中考虑了根据 B2C 网络零售和 C2C 网络零售进一步细分相关市场、根据平台内商品品类的不同进一步细分相关市场的可能性，但最终认为在该案中无需对网络零售平台服务市场进行细分。我们理解，其原因是，鉴于涉案平台提供的是全品类产品的平台服务，其行为所影响的也不限于某一特定细分品类，在该案中界定细分市场对于竞争影响的分析似乎确不必要。但在上海市监局案件中，执法机关将市场界定为提供英文服务的在线餐饮外送平台服务市场，即为针对特定用户群体需求，对在线餐饮外送平台服务市场进行的细分界定。这也体现了在特定情形下，相关市场完全可能进行多维度的细分。相应的，在一个更广范围内没有市场支配地位的企业，由于其提供服务功能在某方面的不可替代性，可能在细分市场上被认为具有市场支配地位。

二、市场支配地位的认定

两起“二选一”案件中执法机关在认定涉案平台企业在相关市场具有市场支配地位时，执法机关均充分考虑了经营者的市场份额以及相关市场竞争状况、经营者控制市场的能力、经营者的财力和技术条件、其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度以及其他经营者进入相关市场的难易程度。这与《平台指南》的思路也是一致的。

同时，与 2014 年 3Q 案⁴ 中法院认为相关市场正处于蓬勃发展时期，市场竞争比较充分，强调互联网环境下竞争的高度动态特征不同，在本次两起案件中，执法机关开始关注近年来平台经济的发展、平台业务的成熟、平台市场结构的相对稳定等情况，对互联网市场竞争的考察思路出现了一些变化，具体而言：

- **多维度计算市场份额，关注市场份额持续的时间和市场集中度：**在两起“二选一”案件中，执法机关均从多个维度考量涉案平台企业的市场份额，并重点关注市场份额的持续时间和市场集中度。如在总局案件中，执法机关从平台服务收入和平台商品交易额两个维度计算了涉案平台连续五年的市场份额；在上海市监局案件中，执法机关从日均订单、月均在线商户、销售额、用户数四个维度计算涉案平台接近连续三年的市场份额，并认为涉案企业在较长时间内的市场份额保持稳定，长期保持较强竞争优势。
- **雄厚财力和技术条件巩固了市场力量：**区别于之前法院案例⁵ 中法院认为，即时通信等领域对技术和成本的要求相对较低，而市场上有多家企业拥有较强的技术和财力条件，因此，财力和技术条件对互联网领域经营者是否具有市场支配地位并不是一个至关重要的认定因素；在总局案件中，总局特别考虑了当事人具有雄厚的财力和先进的技术条件，并指出，当事人凭借进入网络零售平台服务市场的先发优势，积累了大量的平台内经营者和消费者，拥有海量的交易、物流、支付等数据，对比其他竞争性平台优势明显。当事人的财力和技术条件巩固和增强了其市场力量。
- **着重考虑用户黏性、锁定效应等平台经济特征：**上海市监局案件中，执法机关指出，互联网经济具有用户黏性较高的特点，用户一旦习惯使用特定平台，且体验良好的情况下，不会轻易改变平台。在总局案件中更是指出，当事人拥有大量消费者，用户粘性很强，跨年度留存率高达 98%；同时，商户从当事人平台转换到其他平台的成本很高。商户在当事人平台获得了众多固定用户，积累了大量的交易、支付、用户评价等数据，并依赖这些数据开展经营活动，用户和数据是重要资源和无形资产，难以迁移到其他竞争性平台。

⁴ 北京奇虎科技有限公司与腾讯科技（深圳）有限公司等滥用市场支配地位纠纷上诉案，（2013）民三终字第 4 号。

⁵ 参见北京奇虎科技有限公司与腾讯科技（深圳）有限公司等滥用市场支配地位纠纷上诉案，（2013）民三终字第 4 号，另见广州华多网络科技有限公司与广州网易计算机系统有限公司滥用市场支配地位及不正当竞争纠纷上诉案，（2018）粤民终 552 号。

- **考虑获客成本，新进入者进入相关市场难度大：**在总局案件中，总局指出网络平台服务市场进入需要大量资金建设平台，建立物流体系、支付系统、数据系统等设施，还需要在品牌信用、营销推广等方面持续投入，进入相关市场成本较高。更重要的是，两起案件中，执法机关在考虑相关市场的进入难度时，关注涉案平台企业在相关市场的先发优势，指出“网络零售平台须在平台一边获得足够多的用户，才能实现有效的市场进入”，潜在进入者面临高昂的获客成本，目前相关市场的进入难度大。
- **在关联市场的显著优势：**在总局案件中，总局同时也关注了当事人在物流、支付、云计算等领域进行了生态化布局，为当事人网络零售平台服务提供了强大的物流服务支撑、支付保障和数据处理能力，认为其在关联市场的优势进一步巩固和增强了当事人的市场力量。

三、滥用市场支配地位行为

在两起案件中，执法机关均采用“行为 + 效果 + 无正当理由”的分析思路，论证涉案平台企业的“二选一”行为，构成限定交易的滥用市场支配地位行为，排除了相关市场的竞争，限制了相关市场的潜在竞争，损害了平台内经营者的利益，损害了消费者利益。其中，下述几方面特别值得关注：

- **在行为分析上，考虑互联网平台的特殊行为方式：**比如，在总局案件中，总局考察了当事人对平台内“核心商家”通过协议约定或口头要求等方式禁止其在竞争性平台开店、禁止参加其他竞争性平台促销活动。同时，总局特别考虑了当事人通过流量支持等激励性措施，搜索降权、减少平台资源支持等互联网平台的特有行为，作为惩罚性措施，保障了“二选一”要求的实施。
- **在效果分析上，特别分析了“二选一”行为限制了平台经济创新发展：**在两起案件中，对于“二选一”的效果，执法机关均详细分析了对其他平台竞争者的影响，商户的影响，对消费者的影响。并且，在总局的案件中，区别于传统行业的滥用市场地位案件，总局首次详细论述了反竞争行为对行业（平台经济）创新发展的影响。具体的，总局认为，当事人的“二选一”行为阻碍了平台内经营者在不同网络零售平台间自由选择，合理分配资源，抑制了平台内经营者可以通过旗舰店、专营店等不同方式开展差异化经营，并且，当事人通过不当手段维持和巩固其自身竞争优势，削弱了其他平台经营者开展技术和商业模式创新的动力，影响了其他平台和潜在竞争者的创新意愿。
- **在正当理由的分析上，反竞争行为需要为效率抗辩所必须：**在总局案件中，当事人提出，“二选一”平台实施的限制性措施是确保约定执行、保护针对交易投入的特定资源所必须。但是，执法机关认定：保护平台的资源投入可以通过其他手段，排他性交易并非保护资源投入的必须手段。从上述可以看出，对于正当理由的分析，执法机构仍会采取某反竞争行为需要为效率抗辩所必须的执法原则。

四、总局对当事人下发《行政指导书》

此外，总局对当事人另行下发了《行政指导书》，要求当事人按照《行政指导书》的要求进行整改，并在三年内每年报送自查合规报告。这在我国反垄断调查案件中尚属首次。总局发布的《行政指导书》中，下述内容特别值得关注：

- **关注平台、数据的开放性问题：**在《行政指导书》中，总局要求当事人“依法加大平台内数据和支付、应用等资源端口开放力度，充分尊重用户选择权，不得没有正当理由拒绝交易，促进跨平

台互联互通和互操作”，该等要求显示了反垄断执法机关对于更为复杂的滥用数据权利、平台之间的屏蔽封禁等行为的关注。

- **全方面进行整改，对具体行为提出要求：**《行政指导书》所要求的整改范围远大于“二选一”限定交易行为，而是包括了经营者集中、平台规则制定和执行、个人信息和隐私保护、反垄断合规制度、消费者权益保护等众多方面。同时，总局对于当事人的一些具体行为也提出了要求，如“按照公平合理无歧视的原则与平台内经营者开展合作，不得从事向平台内经营者收取不公平高价服务费、对平台内经营者施加不合理限制或者附加不合理交易条件、歧视性对待平台内经营者等行为”，“对平台内经营者采取搜索降权、下架商品、暂停服务等惩罚性措施，应当及时予以公示”。

五、对反垄断合规的启示

上述案件的调查和处罚，无疑是《平台指南》发布后，反垄断执法机关对“强化反垄断和防止资本无序扩张”的又一重要举措，反映了执法机关对解决平台经济领域竞争问题、促进平台经济健康可持续发展的决心。

更重要的是，上述案件也体现了近年来我国互联网市场竞争格局的变化，以及对互联网行业反垄断行为（特别是滥用市场支配地位）的监管和调查思路的变化。对于企业的反垄断合规，有以下几点新的启示：

1. 执法机关会根据涉案产品的平台功能、商业模式，应用场景、用户群体等因素，对相关市场进行界定。在某些情况下，可能需要对细分市场进行界定。如前所述，虽然在总局的案例中将相关市场界定为网络零售平台服务市场，但如果涉案行为仅针对特定品类的产品或者平台中的部分产品/服务，则不排除会界定细分市场。
2. 对于“生态系统”经营者，在一定情况下，执法机构可能从其所营造的“生态系统”角度出发，考虑跨平台网络效应，评价其在其他关联市场上的地位对巩固其在涉案平台市场力量的影响。
3. 区别于3Q大战时期对互联网动态竞争的关注，目前，某些领域的平台经济市场结构已经相对稳定，市场竞争结构逐步固化。头部竞争者利用先发优势，已然获得了大量的用户资源。新进入者进入相关市场，往往需要付出极大的获客成本，并且需要在财力、技术等方面有巨大的投入，才能获得进入该市场的必要资源。因此，在判断市场支配地位时，执法机关可能会更偏重与关注一段时期内的市场竞争结构变化，而减少对具有极大不确定性的动态竞争因素的考虑权重。
4. 执法机关也会开始关注平台利用自身优势，对发展中的新型平台施加不当影响，阻碍技术发展、商业创新的情况。对于互联网领域，在对涉案反竞争行为进行效果分析的过程中，不仅要考虑对其他竞争对手，对商户，以及对消费者的影响，也将可能重点考虑对平台经济创新发展的影响。

在互联网领域加强反垄断执法的大背景下，相关互联网企业完善合规体系构建的必要性已毋庸置疑。34家互联网企业陆续公布其合规承诺，反垄断合规将成为下一阶段互联网企业合规的重点。对于利用算法、数据达成垄断协议，最惠国待遇条款、低于成本销售、“二选一”等限定交易行为、大数据杀熟等差别待遇行为、通过平台规则、算法、技术、流量分配等各种手段设置限制和障碍实施拒绝交易、强制收集非必要的用户信息等需要高度关注，对于涉及互联网企业的经营者集中是否需要依法申报也需要谨慎评估。

知微见著平台领域反垄断规制的趋势——相关市场界定和市场支配地位认定

宁宣凤 柴志峰 吴炜旻

前言

突如其来的新冠肺炎疫情使人们的日常工作生活更加依赖数字平台。平台经济作为生产力新的组织方式，具有推动产业升级、优化资源配置、应对疫情冲击、推动经济复苏等新动能。一方面，平台经济的蓬勃发展提高了经济效率；另一方面，平台滥用市场支配地位的情形也层出不穷，导致市场竞争失序，用户权益受损。在此背景下，国家市场监督管理总局反垄断局（“反垄断局”）近年来频频重拳出击，对多个大型平台展开调查并作出处罚决定。

纵观近年来的平台领域行政处罚案件，反垄断局在平台治理模式和案件分析思路方面不断提出创新、优化举措，以应对平台经济持续催生出的新商业模式和创新应用。在本文中，我们将结合自身的实务经验，分享我们对我国当前平台领域反垄断执法实践的粗浅拙见。我们认为企业理解反垄断局当前分析平台滥用市场支配地位案件的思路和脉络不仅是企业进行有效自我评估的前提，也为企业规避合规风险提供了路径和指导。

在本文中，我们总结了反垄断局在相关市场界定和市场支配地位认定两方面的分析思路，并对部分考量因素进行展开讨论，以帮助读者洞悉背后的深层含义。

一、相关市场界定

由于平台具有双边甚至多边市场的特征，再加上平台经济领域的创新速度快、呈现动态竞争、跨界竞争的特点，经营者之间并不存在泾渭分明的竞争边界，这就对传统的相关市场界定方法提出了挑战。根据过往案例的经验，反垄断局在界定相关市场时会从平台经济特性着手，结合定性和定量分析，进行综合考虑。以下我们对部分考量因素展开讨论，以提供更深入的分析。

（一）多边维度需求替代分析成为平台相关产品市场界定的常态工具

我们注意到以往的处罚案件往往涉及具有双边特性的平台服务市场，基于此，反垄断局在市场界定时会考虑多边特性，并从多边进行需求替代分析。以网络餐饮外卖平台服务为例，其属于典型的双边市场，即平台同时服务餐饮经营者和消费者两个群体。因为双边用户对平台服务的需求具有紧密关联，所以平台服务具有跨边网络效应。反垄断局在分析网络餐饮外卖平台服务是否构成单独相关市场时可能会从以下几个方面从餐饮经营者和消费者两个角度综合进行需求替代分析：

网络餐饮外卖平台服务市场		
		网络餐饮外卖平台服务 vs. 替代产品（如线下餐饮服务、餐饮经营者自营的网络餐饮外卖服务）
需求替代分析	消费者角度	<ul style="list-style-type: none">• 满足消费者的主要需求是否相同• 为消费者提供的餐饮消费方式是否相同• 为消费者提供的餐饮商品选择范围是否相同• 餐饮商品的丰富度和选择范围是否存在较大差距
	餐饮经营者角度	<ul style="list-style-type: none">• 交易机会是否相同• 经营效率是否相同

综上，我们认为多边维度需求替代分析已经成为反垄断局常用的分析工具。企业在自我评估所在的相关市场时，也需要关注企业的业务是否有多边性，并从多边分别进行需求替代分析。

（二）行为经济分析在需求替代分析中愈发重要

分析消费者角度的需求替代关系时，反垄断执法机构更侧重于从消费者的消费方式、选择偏好等行为特性分析平台服务与潜在替代产品的需求替代关系，而不完全沿袭传统的需求交叉价格弹性（Cross-Price Elasticity of Demand）分析思路。究其原因，我们认为：第一，平台的收入往往来源于平台内经营者支付的佣金，而消费者使用产品多为“免费”，故基于需求价格弹性的假定垄断者测试很难适用；第二，平台有别于传统的消费渠道，包括选择范围、舒适性等在内的消费体验往往是平台领域消费者首要看重的，其价格敏感程度相对较低；第三，《国务院反垄断委员会关于相关市场界定的指南》提出，反垄断执法机构在实践中可根据实际情况使用不同的界定方法，关键是把握商品满足消费者需求的基本属性，并未对执法中运用何种具体界定方法作出要求。

我们也注意到在部分案件中，反垄断执法机构基于真实交易数据在定性的需求替代和供给替代的分析基础上使用了假定垄断者测试，以定量地分析了需求对价格变化的敏感度。所以，实践中，反垄断局往往会根据案件的事实情况、交易数据的可获得性等各种因素，按需综合使用不同的界定方法。

（三）相关地域市场界定关注平台实质功能

平台服务往往是多层次的，可能包括以算法技术实现的线上服务，以及线下实施的产品配送。为此，平台服务的相关地域市场界定存在一定的不确定性。以网络餐饮外卖平台服务为例，外卖供应由于配送服务距离、食物保质期等因素可能受到地域限制，而以算法技术实现的信息匹配、交易撮合等平台业务一般不会受到地域因素的制约。

结合过往案例，反垄断局一方面会从平台实质功能和业务范围出发，分析平台运营者是否从全国层面制定重大策略、是否在全国提供统一标准服务、在全国范围内开展竞争的原因等，另一方面也会关注业务所在地的地域特点，并考虑是否有必要对地域进行细分。总体而言，执法机关在不同案件中会结合具体的事实情况进行个案分析而得出结论，到底是全国市场还是细化的地域市场，可能取决于平台类企业的业务范围，业务所在市场是否具有很强的区域性特点，是否全国布局、统一规划等一系列事实因素。

二、市场支配地位的认定

因为平台经济的特点，平台往往受到网络效应、双边效应等复杂经济学效应的影响，这使得市场支配地位的认定成为平台反垄断执法的要点和难点。例如，仍在审理中的美国联邦贸易委员会（“FTC”）起诉脸书案（2021）中，美国联邦地区法院的法官就曾以 FTC 没有提供足够证据证明脸书具有市场支配地位为由驳回 FTC 的诉讼请求。此外，仅就市场份额而言，平台也往往存在多元的、统计口径不一的市场份额指标。当不同指标存在冲突或者不一致时，执法机构必须要进行辩证和全面的分析、权衡。从过往执法案例来看，反垄断执法机构认定平台企业市场份额时通常会使用平台服务收入、平台用户数、消费者订单量、平台内经营者数量等一个或多个指标。

针对平台市场支配地位认定的复杂性，反垄断局一般会综合分析多项客观因素。下面我们就部分考虑因素展开讨论，以便提供更深入的分析。

（一）市场结构和平台自身特点并行考量

纵观以往案例，反垄断局一般会结合《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》的要求，从市场份额、相关市场集中度、市场控制力、财力与技术条件、交易被依赖程度、相关市场进入难度以及关联市场布局等因素对企业的市场支配地位进行充分分析。这些因素可笼统概括为：（1）相关市场的市场结构；（2）平台自身特点，这两个分析角度。

就前者而言，反垄断局可能根据平台服务收入市场份额，分析 HHI 指数（赫芬达尔 - 赫希曼指数）和 CR2 指数（市场集中度指数）。其次，反垄断局也会关注相关市场进入难度。第一，在分析进入难度时，反垄断局会考虑一次性成本（例如平台、数据算法系统等基础设施建设费用）以及反复性成本（包括对于技术研发、品牌信用、营销推广等的持续资金投入）；第二，反垄断局也会结合平台的经济特点分析新进入者达到临界规模的难度。

就后者而言，除了市场份额外，反垄断局还可能关注以下因素：（1）平台运营者是否具有较强的市场控制能力，包括对服务价格、平台内经营者的流量获取以及销售渠道的控制；（2）平台运营者的财力和技术条件；（3）数据迁移难度；（4）其他经营者对于平台是否具有高度交易依赖性；（5）平台在关联市场布局的情况。

（二）跨边网络效应对市场进入壁垒的影响

反垄断局普遍认定临界规模是市场进入壁垒的一大成因，并会根据平台经济的特点，分析达到临界规模的实际难度。

具体而言，在分析临界规模时反垄断局会综合分析网络效应和双边效应。一方面，平台的任意一边都可能存在网络效应。因为网络效应的存在，达到临界规模成为平台进入市场的必要条件，而新进入者相对于现行的经营者存在天然的劣势。另一方面，因为具有双边特性的市场必须在两边都积累到足以达到临界规模的数量，所以潜在竞争者吸引用户以及达到规模经济的难度进一步加深。以网络餐饮外卖平台为例，其必须获得足够多的消费者和平台内经营者，达到临界规模，形成循环正向反馈，才能实现有效市场进入。

（三）跨边网络效应对锁定效应的影响

反垄断局在分析锁定效应时也会考虑平台跨边网络效应的影响。对于平台经济而言，一边的用户黏性可能会加强平台对另一边的锁定效应。以网络餐饮外卖平台为例，平台可能利用算法能力绘制出精准的用户“画像”，用以提供个性化、针对性的服务，使得消费者获得极大的便利，导致消费者粘性增加。这些黏性较强的消费者群体对于另一边餐饮行业经营者而言是一笔宝贵的财富。平台实施举措导致消费者粘性增加时，实际也变相地加强了平台内经营者对平台的依赖程度。

（四）数据量和数据处理情况对认定市场支配地位的作用

反垄断局在近年来的案例中都分析了数据量和数据处理情况对平台市场支配地位的影响。具体而言，反垄断局可能会关注平台是否拥有大量的交易、支付、用户评价等原始数据，是否基于这些数据建立了较为高效的算法系统以及实现运力自动化调度及资源优化配置的程度等。

掌握大量原始数据以及基于这些原始数据处理加工而成的衍生数据使得平台可以提供相对于竞争对手更为个性化的服务和产品。虽然当前这些数据的所有权在理论和实践中都存在争议，但是数据优势决定竞争优势已成为平台市场不争的事实。虽然根据《个人信息保护法》第四十五条的规定，个人有权请求将平台收集的个人信息转移至其他指定的平台，但经营者在平台上通过经营活动所积累的部分数据可能不属于个人信息这一范畴，无法利用第四十五条实现数据迁移，这也进一步巩固了具有数据优势的平台的市場力量。

（五）关联市场布局对认定市场支配地位的重要性

考虑到平台经济有很强外延性或者范围经济（economies of scope）特点，反垄断局除了关注行为涉及的相关市场之外，还会分析企业对关联市场布局的情况。例如，为了给用户提供一揽子的服务，除了餐饮外卖服务，网络餐饮外卖平台服务提供者还可能提供到店餐饮消费、生活服务、酒店旅游、出行等多个服务，并对餐饮外卖服务上下游进行生态化布局。这种多位一体的经营格局使得各业务模块可以为彼此带来更多的交易机会。相较于单一业务平台而言，多布局平台能够为平台内经营者带来更多的交易机会，加深平台内经营者对平台的依赖，进一步巩固和增强平台的市場力量。

结语

在本文中，我们解析了反垄断局当前分析平台滥用市场支配地位案件的思路和脉络。就相关市场而言，多边维度需求替代分析和行为经济分析已俨然成为平台相关产品市场界定的常用工具；同时鉴于平台经济的复杂性，看似相同的产品和服务由于个案事实差异，在相关市场界定上可能有所不同。在市场支配地位的认定方面，反垄断局会充分考虑平台经济特点的影响，包括但不限于跨边网络效应对市场进入壁垒和锁定效应的影响，以及数据、关联市场布局等其他相关因素的作用。

感谢实习生赵飞燕、高寒对本文作出的贡献。

知微见著 平台领域反垄断规制的趋势

—— 滥用市场支配地位篇

宁宣凤 柴志峰

前言

全国人大常委会于2021年10月23日发布的《中华人民共和国反垄断法（修正草案）》（以下简称“《反垄断法（修正草案）》”）在滥用市场支配地位章节增加了以下条款：“具有市场支配地位的经营者利用数据和算法、技术以及平台规则等设置障碍，对其他经营者进行不合理性限制的，属于滥用市场支配地位的行为。”这一补充不但呼应了《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》（以下简称“《平台指南》”），也进一步强调了数据、算法、技术以及平台规则对分析企业滥用市场支配地位行为的重要性。

纵观以往案例，考虑到平台领域滥用市场支配地位行为的多样性和隐蔽性，反垄断执法机构往往会从行为的内容、目的、正当性等多方面进行综合分析。在本文中，我们将根据我们的实务经验以及以往案例，结合反垄断机构的执法实践，对平台领域可能存在滥用风险的行为进行分析，与您分享我们对平台领域滥用行为认定的一些见解。出于篇幅有限，我们仅对当前关注度较高的行为展开详细的讨论，以帮助企业识别合规风险。

指平台经营者利用资金、技术、规模等优势要求平台内经营者只能与自己交易，而不能与其他平台进行交易。同时，如果平台内经营者选择与其他平台进行交易，那么其在本平台内的经营活动可能受到限制。

根据《平台指南》，具有市场支配地位的平台经济领域经营者，无正当理由要求平台内经营者在竞争性平台间进行“二选一”可能构成滥用市场支配地位的限定交易行为。反垄断执法机构一般会将“二选一”行为放在《反垄断法》第十七条第一款第（四）项“没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易”的框架内进行分析。

在实践中，“二选一”与“独家合作”、“独家供应”等行为存在一定相似性，无正当理由的“二选一”与具有一定正当性的“独家”安排之间也并非泾渭分明。鉴于平台“二选一”行为的复杂性，结合以往案例，反垄断执法机构一般会进行多角度的辩证分析，并着重关注以下几个维度：（1）“二选一”的安排是否是平台强制实施的；（2）是否实质性地限制平台内经营者的选择权；以及（3）行为是否具有正当理由。

一、平台领域可能存在滥用风险的典型行为

（一）平台“二选一”

“二选一”是我国当前平台领域反垄断执法的关注重点。“二选一”在《反垄断法》及相关法律法规中没有明确的定义。一般而言，平台“二选一”是

1. “二选一”的安排是否是平台强制实施的

顾名思义，“滥用市场支配地位”是指具有市场支配地位的企业强制实施某种行为。因此，反垄断执法机构会分析“二选一”的安排是平台主导强制实施的，还是平台内经营者自愿与平台达成合意，作出独家合作或独家供应的安排。

根据过往案件，平台仅在协议上贴一个自愿的标签并不能使反垄断执法机构接受此类安排是双方合意达成的。反垄断执法机构会透过形式看实质，从谈判过程、对于非独家合作的平台内经营者的不利安排（例如高于独家合作的平台内经营者的费率和保底佣金，或在搜索展示、流量加权等平台内经营者重大权益等方面设置障碍）、平台和平台内经营者的相对议价能力等多方面判断“二选一”的安排是否是平台强制实施的。

2. 是否实质性地限制平台内经营者的选择权

交易相对方出于深化合作、保护交易的沉没成本等原因，就对对方的行为设置一些限制在商业上是较为常见的，而无正当理由的“二选一”与一般限制的重要区别是前者会实质性地限制平台内经营者的选择权。

结合相关案例，反垄断执法机构会从协议的内容、针对非独家合作的平台内经营者的处罚措施、独家与非独家平台内经营者在平台内的不同经营条件的对比、限制的效果等多个方面进行综合分析。

首先，如果相关协议中含有“仅与……合作”，“不与……业务相同或近似的平台展开合作”等内容，反垄断执法机构可能将此解读为平台在主观上拟通过协议实质性地限制平台内经营者的选择权。

其次，反垄断执法机构会关注是否存在针对非独家平台内经营者的处罚措施，例如包括实施搜索降权、取消优惠活动、置休（暂停营业）、下线（关店）等。平台向独家平台内经营者收取保证金并在其违反独家合作安排时没收保证金的行为一般也会被认定为处罚措施。

再者，反垄断执法机构会关注平台是否会在佣金费率、平台补贴、流量加权等经营条件上对独家和非独家平台内经营者进行差别对待，并进一步地分析这些差别待遇是否会“迫使”平台内经营者签订独家协议，还是仅仅给予平台内经营者不同合作模式的选择权。

最后，反垄断执法机构也会关注在平台实施相关行为之后，平台内经营者是否会普遍选择独家合作的形式。如果有数据证明，行为实施后独家合作的比例不断提高，反垄断执法机构可能将其作为实质性地限制平台内经营者选择权的证据。

3. 行为是否具有正当理由

《平台指南》第15条提出平台经济领域经营者限定交易可能具有以下正当理由：（一）为保护交易相对人和消费者利益所必须；（二）为保护知识产权、商业秘密或者数据安全所必须；（三）为保护针对交易进行的特定资源投入所必须；（四）为维护合理的经营模式所必须；（五）能够证明行为具有正当性的其他理由。

反垄断执法机构在分析“二选一”的正当理由时也会考虑以上因素。此外，在学理上，部分学者认为在特定事实情形下，“二选一”可以在一定程度上防止“搭便车”行为的发生，有利于商户和平台形成稳定的合作关系，有利于生产商更放心地将利润转化为创新成本，从而更精准地迎合市场需求。

实践中，平台经营者往往会提出含有“二选一”内容的合作协议是保护特定投入所必须等理由，反垄断执法机构会对相关理由进行针对性分析。同时，我们注意到，目前平台经营者所提出的理由一般都因缺乏相关事实证据而未被反垄断执法机构采纳，因此平台经营者需格外注意对有利于证明正当理由的事实证据的保存和记录。

（二）平台经营者自我优待行为

《反垄断法》及相关法律法规没有对自我优待行为作出明确定义，但随着平台经济的兴起，平台经营者实施自我优待正逐渐成为全球各个司法辖区的反垄断执法关注点。一般而言，平台经营者自我优待是指平台经营者在为各平台内经营者提供平台服务的同时也在平台内开展自营业务，并利用平台服务提供者的身份为自营业务提供优惠。例如，电商平台在提供平台服务的同时也在平台内面向消费者销售商品，并且可能利用平台经营者身份为自营销售提供更多流量曝光。

平台领域实现自我优待的手段多种多样，可能包括搜索结果加权、搭售等不同表现形式。特定的自我优待的行为可能会构成《反垄断法》第十七条前六款明确列举并禁止的滥用行为，也可能落入第十七条兜底条款“国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为”的规制范围。

目前，我国境内尚无针对平台企业自我优待的反垄断处罚案例，但是欧美司法辖区已经开始关注到平台企业的自我优待倾向并展开了执法、立法活动。例如，2017年，欧委会对某境外搜索引擎平台罚款24.2亿欧元，认为该平台利用搜索引擎市场中的支配地位，在比价搜索中优先展示自身的购物比较服务，劣后显示竞争对手的购物比较服务。欧委会公告称该平台的行为“在比较购物市场扼杀了竞争，剥夺了欧洲消费的选择和创新”，属于“滥用其在市场上的主导地位”。2018年，欧委会又对上述境外搜索引擎平台罚款43.4亿欧元，认为该平台利用智能手机应用商店提供者的身份迫使手机制造商在安卓系统中预装其自营软件如浏览器等。前述两案中，平台经营者分别通过优先展示自营服务、捆绑搭售的方式实现对平台内自营服务的优待，均被欧盟反垄断执法机构认定为属于滥用市场支配地位行为。就立法活动而言，欧盟的《数字市场法》草案中提出被认定为“市场守门人”的平台企业不得“利用商家数据与商家开展竞争”。近期，美国参议院宣布的针对大型科技公司的重大反垄断法案草案《美国创新与选择在线法案》则要求平台不得“优待平台自营的产品、服务或业务线，使其优于其他平台内经营者的商品”。

综上，鉴于当前我国强化平台领域反垄断监管的执法态势以及欧美司法辖区对此行为的执法关注，平台企业的自我优待行为可能会成为我国反垄断执法机构未来的执法方向。平台经营者应当增强反垄断合规意识，审慎评估、适用涉嫌自我优待的经营行为。

（三）“强制收集非必要用户信息”

数量庞大的用户群体为平台带来了海量信息。如何正确地收集、使用用户信息已成为平台反垄断规制现实关切的问题。《平台指南》第十六条第一款第五项认定具有市场支配地位的平台经济领域经营者“强制收集非必要用户信息”，可能构成“附加不合理交易条件”的滥用市场支配地位行为。

作为反映消费者消费偏好、消费习惯等的用户信息，其不仅具有财产价值，也是消费者隐私权的重要载体。《平台指南》中关于“用户信息”的规定表明我国反垄断立法对于消费者隐私权的关注，这与《反垄断法》通过保护市场竞争秩序以促进消费者福利增长的目的是一脉相承的。

值得注意的，我国目前尚无关于滥用用户信息的反垄断执法案例。此外，“强制收集非必要用户信息”的认定标准是否直接参考《个人信息保护法》的知情同意和最小必要的收集原则仍需进一步探讨。当前，在国外司法辖区已经存在相关案件，其中最具代表性的就是德国联邦卡特尔局对Facebook的调查。2016年2月3日，德国联邦卡特尔局以Facebook收集用户信息的行为涉嫌违反《通用数据保护条例》（GDPR）的规定为由开启了相关调查程序。据查，在未经用户同意的情况下，Facebook收集并整合了用户在集团旗下其他平台上积累的相关信息及设备关联数据。2019年2月6日，德国联邦卡特尔局认定Facebook的行为违反了GDPR以及《德国反限制竞争法》，构成滥用市场支配地位行为。此后，Facebook向杜塞尔多夫高等地区法院提起上诉，目前该案仍在进一步审理之中。

综上，平台经营者应当关注对于用户信息的收集和使用行为，建立更加完善的涉及用户数据收集和处理的反垄断合规体系。

结语

本文分析了平台领域可能存在滥用风险的部分典型行为，并结合以往案例，解读了反垄断机构针对此类行为的执法实践。特别地，就“二选一”而言，反垄断执法机构会关注此安排是否属于平台强制实施的；是否实质性地限制平台内经营者的选择权；以及行为是否具有合理理由。就平台自我优待，以及“强制收集非必要用户信息”的行为，目前我国并没有反垄断处罚案例，但是结合《平台指南》《反垄断法（修正草案）》以及国外反垄断执法机构的执法动态，平台也需要注意自我优待和收集用户信息的行为。

感谢实习生赵飞燕、高寒对本文作出的贡献。

知微见著平台领域反垄断规制的趋势——自我优待的前世今生

宁宣凤 柴志峰 吴炜旻

前言

平台企业往往具有双重角色，既是平台运营者，也是平台内经营者。一方面，平台企业利用运营平台所收集的数据进行周边布局在一定程度上可以提高平台企业的效率，为消费者带来更丰富的消费选择。另一方面，平台企业的双重角色给了平台企业巨大的，甚至是独一无二的优势。举例来说，平台可能利用非公开的数据以及算法使得平台自身的周边服务更容易接触到消费能力更强的消费者，从而排挤第三方平台内经营者。

在反垄断业界，此类行为被称为“自我优待”。仅从字面含义出发，自我优待显然是一个中性词。首先，母公司优待子公司或者公司内部不同业务部门之间的优待是司空见惯的，正所谓“肥水不流外人田”。其次，反垄断法对于司空见惯的商业行为往往持以小心谨慎的态度。其中的道理很简单，司空见惯的商业行为往往是，但不绝对是，合理和有效率的。

鉴于自我优待的普遍性以及其影响的复杂性，针对自我优待的反垄断执法在全球范围内都是一个争议较大的领域。反垄断执法机构在自我优待的分析标准和规制政策上仍有一系列的问题需要解决，包括：如何区分合理的自我优待和不合理的自我优待？不合理的自我优待是否存在一些容易筛查出的危险标志物？如果存在危险标志物就在法律上认定是不合理的自我优待，而不需要进行具体的“合理分析”，是否是效率和执法成本兼顾的规制路径？当前，上述问题并没有一个明确的答案。从某种程度上，没有非黑即白的结论正体现了反垄断政策设计的初衷，即作为经济宪法的《反垄断法》需要在社会经济汹涌多变的浪潮中不断自我更新。

借着辞旧迎新的情怀，我们在本文中为您回顾自我优待的前世今生。我们的目的不是妄自尊大地试图回答上述困扰反垄断业界的问题，而是带您坐上历史的列车，为您展现理解自我优待的另一个视角。

一、从搭售说起

（一）搭售的形式

自我优待属于单个市场主体实施的排他性行为的一种。回顾反垄断法的发展历史，搭售（tie-in 或 tying arrangements）是反垄断执法机构最早关注和研究的排他性行为之一。搭售一般是指销售某种产品、服务，需以买方接受第二种产品、服务为条件。实施搭售的企业可能违反《反垄断法》第 17 条第 1 款第 5 项。

在实践中，多个产品可能通过不同的方式被“搭”在一起。如果买方不接受搭卖品（tied product），则卖方拒绝对其出售结卖品（tying product），这样的安排一般是通过合同的方式实施，但企业也可以通过技术设计实施搭售。例如，软件企业将浏览器代码和操作系统代码进行合并，组成一个程序，或者打印机生产商通过技术手段使得某一品牌的打印机只能和同一品牌的墨水兼容。此类搭售的方式一般叫做物理搭售（physical tie-in）。

（二）搭售的竞争损害理论

1. 杠杆理论

杠杆理论（leverage theory）是用来“批判”搭售行为最经典的理论之一。依据杠杆理论，卖方在一个产品上拥有垄断地位，然后通过搭售手段，在第二种产品上造成垄断，从而获得两份垄断利润。在一个专利许可搭售非专利产品的判决中，美国最高法院大法官布兰代斯（Brandeis）曾写道：

“如果对垄断可以这样扩张，那么可以想象一种产品的专利持有人对其生产所需的各种非专利的原材料的贸易，大多都可以进行垄断。因而，对整个机器拥有专利的人，可以保证对该机器所消耗的各种非专利用品都拥有部分垄断”

杠杆理论在反垄断法的发展初期被法院普遍接受。然而，随着微观经济学的发展，反垄断法对包括搭售在内的排他性行为的敌对态度也发生了改变。在反垄断思潮的变革中，芝加哥学派的出现是具有里程碑意义的。信奉自由市场经济的芝加哥学派通过简单的建模证明具有垄断地位的企业无法通过搭售增加垄断利润。

示例 1

假设市场上有两种产品，螺母和螺钉。螺母和螺钉必须以 1:1 比例联合使用，两者的市场需求完全相同。（不考虑因为磨损需要单独购买螺母或者螺钉的情形）

	完全竞争价格（边际成本）	垄断价格
螺母	2	3
螺钉	2	3
螺母和螺钉（1:1 组合）	4	6

假设，公司 A 在螺母市场上是唯一的供应商，而螺钉市场是安全竞争的。

- 如果公司 A 实施搭售，那么通过搭售，A 可成为唯一的螺母供应商和螺钉供应商。在这种情况下，A 能获得的最大垄断利润 = $6 - 4 = 2$ ；
- 如果公司 A 不实施搭售，其在螺母市场作为唯一的供应商供货，在螺钉市场按照完全竞争价格供货。那么 A 可以利用螺母和螺钉的组合关系，在螺母市场以 4 的价格销售，从而获得 2 的垄断利润。同时，在螺钉市场上，A 的垄断利润是 0。所以，A 不实施搭售可以获得的最大的垄断利润 = 2。

由此可见，就螺母和螺钉的产品组合而言，A 实施搭售和不实施搭售最多可获得的垄断利润都是 2，也就是说 A 无法通过搭售螺钉增加垄断利润。

2. 进入壁垒理论

虽然芝加哥学派对反垄断的发展具有重要的意义，但是当下各国反垄断分析的理论基础已经渐渐远离芝加哥学派，更接近于所谓的“后芝加哥学派”。后芝加哥学派的主要观点是“市场远比芝加哥理论家愿意承认的更为多样和复杂。因此，反竞争行为的数量和种类是未知的和开放的”。就搭售而言，后芝加哥学派认为企业在某些情形下可以通过搭售以非效率的方式获取或维持市场势力，并造成反竞争的后果。具体而言，后芝加哥学派认为搭售安排可能形成进入壁垒，即通过搭售，实施搭售的企业可以阻碍更积极的竞争者或者潜在竞争者进入市场。

示例 2

结合示例 1，除了试图垄断螺钉市场，公司 A 是否有其他动机进行搭售？

如果公司 A 不进行搭售，那么螺钉市场可能是一个充分竞争的市场，进入壁垒较低，可能会有技术更先进的企业进入螺钉市场，从而把螺钉市场上的边界成本进一步降低，比如减低至 1。考虑到公司 A 生产螺钉的边际成本仍然是 2，那么公司 A 的螺钉业务不但无法获得垄断利润，甚至面临被市场淘汰的危险。

所以公司 A 可以通过螺母和螺钉搭售，把螺钉市场的一部分市场份额排除在进入者可获得的范围外，从而减低潜在进入者进入市场的积极性。其目的不是在螺钉市场获得垄断利润，而是防止更有竞争力的企业进入螺钉市场。

3. 逃避市场价格管制

逃避市场价格管制可能是最被经济学家认可的、用于解释搭售行为的理论。对于很多企业而言，法律要求其产品只能以规定价格进行销售。这种价格通常是由政府管制机构根据企业提供的成本信息制定。但是产品价格受到管制的企业同样有追求利润最大化的动机。他们可以通过把价格受到管制的产品与价格未受到管制的产品进行搭售，并以高于竞争性的价格销售未受到管制的产品，从而有效的规避价格管制。

实践证明公用企业最容易采用这种搭售安排。第一，公用企业多数是自然垄断，并且其垄断地位往往受到法律法规的保护（例如特许经营）。第二，这类企业的产品往往受到政府的管制，即无法利用自己的垄断地位提高产品价格。

以我国为例，近年来，我国加大了对燃气、供水等公用事业的反垄断执法。过往的处罚案件中出现了不少公用企业滥用市场支配地位进行搭售的情形，例如天然气搭售燃气险，自来水搭售管道材料等。

（三）从搭售看自我优待

在实践中，搭售在传统行业中更为常见，而自我优待在平台经济中更为普遍。但是，两者在行为的形式和效果上具有一定的相似性。从实务来看，平台经营者常用的一种自我优待方式即为利用合同、技术或一揽子折扣等进行搭售。

当下，反垄断业界基本都认同：（1）搭售是一个非常普遍的现象，在很多情况下可以促进效率，能够为消费者提供便利和更低的交易成本；（2）搭售导致限制竞争后果一般需要满足比较严格的条件，例如实施搭售的企业在结卖品的相关市场具有市场支配地位。除此之外，根据我国《反垄断法》的规定，还需要证明搭售没有正当理由。就其他司法辖区而言，执法机构可能还要证明结卖品和搭售品属于相互独立的产品，并且搭售会影响很大一部分的搭售品市场。

随着数字经济的蓬勃发展，平台自我优待的理论也如雨后春笋般涌现，参考搭售理论的发展历史，对平台自我优待的规制中出现理论的碰撞和冲突是正常的，也是预料之中的。至于执法机构在分析自我优待时是否会借鉴搭售的分析思路和经验，我们只有拭目以待。

二、必需设施

（一）必需设施理论的法律标准

必需设施理论由来已久。笼统地说，必需设施理论认为必需设施的拥有人有义务让他人分享这一设施，而无正当理由拒绝让他人分享属于滥用市场支配地位的行为。在中国以及其他司法辖区，必需设施理论一般用于分析单方面拒绝交易的行为。必需设施理论从一开始就受到广泛的争议，而争议的焦点主要包括：（1）必需设施的认定标准；（2）交易义务的范围；（3）什么时候拒绝开放必需设施是合理的；（4）如果执法部门要求开放必需设施，那么执法部门如何去监管开放的程度、费用、条件等？

当前，各主要司法辖区针对涉及必需设施的拒绝交易行为都制定了相应的分析框架。

我国《反垄断法》并未对“必需设施”的概念及其应用作出明文规定，但在相关规章、指南中对“必需设施”有所论述。

《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》第16条提出，禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由拒绝交易相对人在生产经营活动中以合理条件使用其必需设施，可能构成滥用市场支配地位的拒绝交易行为。依据该等情形认定经营者滥用市场支配地位时应当综合考虑以合理的投入另行投资建设或者另行开发建造该设施的可行性、交易相对人有效开展生产经营活动对该设施的依赖程度、该经营者提供该设施的可能性以及对自身生产经营活动造成的影响等因素。

《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》第14条提出，具有市场支配地位的平台经济领域经营者无正当理由拒绝与交易相对人以合理条件就其控制的平台经济领域必需设施进行交易可能构成滥用市场支配地位的拒绝交易行为。认定相关平台是否构成必需设施，一般需要综合考虑该平台占有数据情况、其他平台的可替代性、是否存在潜在可用平台、发展竞争性平台的可行性、交易相对人对该平台的依赖程度、开放平台对该平台经营者可能造成的影响等因素。

其他司法辖区的执法机构也制定了类似的分析框架。以美国为例，美国第7巡回法院在MCI案中认为必需设施理论的运用需要满足4个要素：（1）必需设施被某个垄断者控制；（2）竞争者没有能力对该项设施进行复制；（3）拒绝让某个竞争者使用该设施；（4）该设施是能够提供的。

值得注意的是，根据 MCI 案，开放必需设施的义务对象仅仅包括竞争者，而根据《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》和《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》，开放必需设施的义务对象不但包括竞争者，还包括上下游企业。

（二）从必需设施看自我优待

虽然必需设施理论有很长的历史，但是在反垄断的发展历程中，并没有占据重要的位置。究其原因，必需设施认定标准的不确定性是一个主要因素。当前，必需设施领域的处罚案例主要集中在交通设施、通信设施等有形资产上。在平台经济下，数据、服务、知识产权等各类无形资产则可能成为必需设施。

企业进行自我优待的方式之一是拒绝向竞争对手或者上下游的交易相对方开放其控制的必需设施。所以，在理论上，自我优待和必需设施理论有一定的重合。同时，必需设施理论和自我优待又有所不同。必需设施理论一般仅仅要求开放必需设施，但是没有规定为自身业务和交易相对方业务提供相同的开放条件，即必需设施理论并不绝对禁止自我优待。所以，鉴于必需设施理论有限的适用性，执法机构在分析自我优待时可能会使用与必需设施理论有所差异的分析思路和框架。

三、FRAND 承诺

（一）标准必要专利领域的 FRAND 承诺

“公平、合理、无歧视（Fair, Reasonable And Non-Discrimination, FRAND）”承诺是标准必要专利（Standard Essential Patents, SEPs）领域的基本原则，主要目的为约束专利权人滥用专利权的行（例如许可费过高、捆绑搭售、差别待遇等），消除标准必要专利许可过程中通常会产生的“专利套牢”问题或“锁定效应”。

《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》第 13 条指出，具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在标准的制定和实施过程中实施下列排除、限制竞争行为：（二）在其专利成为标准必要专利后，违背公平、合理和无歧视原则，实施拒绝许可、搭售商品或者在交易时附加其他的不合理交易条件等排除、限制竞争的行为。本规定所称标准必要专利，是指实施该项标准所必不可少的专利。

标准必要专利下的 FRAND 承诺有其特殊的背景。关于何为 FRAND 承诺，有学者指出“FRAND 承诺从本质上来说是这样一种协议，专利持有者为了将其技术纳入行业标准，以增加许可机会，承诺不会过度使用其专利权。可见，FRAND 承诺是没有外在力量附加下标准设立组织（SSOs）自行设立的承诺，是专利持有者将其技术纳入相关行业标准所必须付出的代价。”¹所以，从本质上，反垄断法所禁止的是专利权人在专利许可阶段违背其在专利进入标准阶段向 SSO 做出的 FRAND 承诺。简言之，反垄断法禁止标准必要专利权利人违背自己的承诺。

（二）经营者集中领域的 FRAND 承诺

在一些附条件批准的经营者集中案件中，反垄断局也会向交易方附加包括依据 FRAND 承诺持续供应产品等在内的救济措施。关于经营者集中附加限制性条件的类型，《关于经营者集中附加限制性条件的规定（试行）》第三条做了详细规定：“（一）剥离有形资产、知识产权等无形资产或相关权益等结构性条件；（二）开放网络或平台等基础设施、许可关键技术（包括专利、专有技术或其他知识产权）、终止排他性协议等行为性条件；（三）结构性条件和行为性条件相结合的综合性条件。”

¹ Lemley, M. A., Shapiro, C. A Simple Approach to Setting Reasonable Royalties for Standard — Essential Patents [J]. Berkeley Technology Law Journal, 2013, 28 (2): 1135 — 1166.

根据以往案例，反垄断局可能施加的行为性救济措施多种多样，可能包括：（1）非歧视条款，即禁止并购后的企业依据不同条件向消费者提供产品或服务，从而对竞争对手造成不利影响；（2）防火墙条款，即禁止并购后的企业传播特定信息；（3）强制许可条款，即要求并购后的企业许可竞争对手使用特定技术或进入基础设施等。

值得注意的是，在经营者集中审查下的 FRAND 承诺和平台企业需遵守的 FRAND 承诺不应混为一谈。第一，申报方做出 FRAND 承诺，旨在消除经营者集中审查机构对交易可能造成不利影响的担忧，而非基于违法情况做出整改措施。第二，申报方做出 FRAND 承诺一般有明确的时间界限，一般以 5-7 年为主。

（三）从 FRAND 承诺到自我优待

就 FRAND 承诺而言，当前的执法案件一般局限于标准必要专利领域和经营者集中审查领域。

同时，我们也注意到反垄断在近年来平台领域处罚案件的《行政指导书》中明确提出，平台企业主体责任包括“按照公平合理无歧视的原则与平台内经营者开展合作，不得从事向平台内经营者收取不公平高价服务费、对平台内经营者施加不合理限制或者附加不合理交易条件、歧视性对待平台内经营者等行为。”在遵守 FRAND 承诺的基础上，《行政指导书》提出，允许平台企业对平台内经营者采取搜索降权、下架商品、暂停服务等惩罚性措施，但应当及时予以公示。

一些学者指出，平台自我优待的规制模式正朝着 FRAND 承诺发展。《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》第 2 条提出，超大型平台经营者应当遵守公平和非歧视原则。提供相关产品或服务时，平等对待平台自身（或关联企业）和平台内经营者，不得实施自我优待。2021 年 12 月 15 日，欧洲议会宣布，以 642 票赞成、8 票反对和 46 票弃权的结果，审议通过《数字市场法案》（Digital Markets Act，简称 DMA）草案。DMA 对于“守门人”企业也提出了 FRAND 承诺的要求：“守门人”企业在进行产品排名时，避免给予自己的产品比第三方类似服务或产品更优惠的待遇，并对该等排名适用公平和非歧视性的条件。

结语

平台自我优待是平台经济的产物，其中涉及的个别行为包括算法歧视，搜索降权等是平台经济下特有的行为。但是，从本质上，自我优待是单个实体实施的排他性行为的一种，与搭售和拒绝交易在一定程度上有相似之处。

纵观当前各司法辖区规制平台自我优待行为的立法和执法动态，我们认为使用 FRAND 承诺进行规制是大势所趋。通过 FRAND 承诺而不是适用范围更小，适用条件更加严苛的搭售理论和必需设施理论来规制平台自我优待行为在一定程度上体现了执法机构对于平台垄断更加审慎和怀疑的态度。

考虑到平台自我优待的行为多种多样，并且具有一定的隐蔽性，我们会密切关注反垄断局在具体案件中的分析思路，并及时与您分享我们的理解。

感谢实习生赵飞燕对本文作出的贡献。

知微见著平台领域反垄断规制的趋势

——解读数据垄断之框架篇

宁宣凤 柴志峰 吴炜旻

前言

近年来，我国大数据产业蓬勃发展，大数据对社会创新的驱动作用显著增强。数据驱动型经济正在对我国各行各业的发展模式和产业形态进行深层次的改造。2020年中共中央、国务院发布的《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》¹明确指出要加快培育数据要素市场，提升社会数据资源价值。这反映了随着数据对提高生产效率的作用日益凸显，数据作为新生产要素的重要性得到社会乃至国家层面的广泛认同。

当前，数据作为重要的竞争资源已成为“兵家必争之地”。无论是互联网企业，还是传统行业企业均非常重视对数据的收集和使用，这本身无可非议，但是，类似于其他产品和服务，数据领域同样面临市场失调的风险，在缺乏有效监管的情况下，数据反而可能成为企业实施垄断的“帮凶”。

基于此，刚成立的国家反垄断局在新设的司局机构的职责设置中，特将针对数字经济领域垄断协议、滥用市场支配地位、数字经济领域经营者集中的反垄断执法单独列出。由此可见，在大数据时代，如何充分利用数据价值实现企业创新，同时防止数据垄断，愈发成为反垄断执法的关注重点。

数据和垄断的关系错综复杂，厘清两者的关系是反垄断机构在数字经济领域有效执法的前提，也是企业做好合规工作的基础。本文将从数据对市场结构的影响、数据与常见垄断行为的联系、数据与消费者权益的关联等多角度进行整体梳理和介绍。

¹ 国务院：《关于构建更加完善的要素市场化配置体制机制的意见》，网址：http://www.gov.cn/zhengce/2020-04/09/content_5500622.htm。

一、数据与市场结构

反垄断纠正的是市场失调，而市场失调的起因、形式、频率和市场结构息息相关。哈佛学派经济学家在 20 世纪 30 年代提出了“结构 - 行为 - 绩效”（Structure - Conduct - Performance）模型，他们认为特定的市场结构决定了该市场上的企业会从事某些类型的涉嫌垄断行为，导致市场效率的低下。虽然该模型因过于绝对的主张受到了后继芝加哥学派的诟病，但不可否认的是，重视市场结构分析的传统在反垄断领域保留至今，市场结构仍是当今反垄断机构分析案件时不可或缺的考虑因素。

（一）数据如何影响市场结构

从数据本身的属性来看，数据具有经济学上说的“非竞争性”（Non-rival）特征，即一个人对数据的使用，并不影响他人对其的使用，使用的边际成本几乎为零。同时，数据具有一定的“排他性”（Excludable），这体现在某些类型的数据为某些平台企业所收集并独占，其他竞争对手被排斥在外。单看数据本身，其属性和知识产权相似，似乎对市场结构没有内生的影响。但是，如果我们着眼于数据经济业态而非数据本身，我们会发现数据推动了商业模式的巨大转变，孕育了全新的商业组织形态，对市场结构产生了深远的影响。

首先，数据催生了对市场结构有直接作用的新的供应与消费方式。当前的趋势是企业越来越多地通过互联网平台向客户销售产品和服务，此举在节省销售渠道成本的同时，极大便利与丰富了经营者对用户数据的收集。无论是企业自身收集的数据，还是企业所在平台收集的数据，都可以被加工、分析、利用。这些一方面催生了新的商业形态，如平台经济模式；另一方面，也使既有行业发生了新变化。例如，广告商可以基于用户数据向客户提供更有针对性的广告投放。

【思考】

投放广告是现代营销的主要方式之一。展示广告（display ads）是常规的广告投放模式，广告商根据自己的判断选择在某一渠道向受众群体展示广告，比如网站侧边栏的图像，邮箱中的广告，电视节目中穿插的广告。搜索广告（search ads）是在人们搜索相关产品或服务时出现在搜索结果旁边的广告，主要由搜索关键字触发。二者的主要区别之一在于搜索广告具有依托数据分析、用户画像而表现出的更强的针对性。

最近的一项调查发现²：

- 平均搜索广告的点击率为 1.91%；
- 平均搜索广告的 CPR（Cost per response，每回应成本）为 2.32 美元；
- 平均展示广告的点击率为 0.35%；
- 平均展示广告的 CPR（Cost per response，每回应成本）为 0.58 美元；

基于数据分析催生出的搜索广告如何影响广告市场的形态？展示广告和搜索广告属于同一相关市场吗？

² <https://www.affde.com/zh-CN/display-network-vs-search-network-use-best-results.html>

其次，数字经济形态中往往伴随着网络效应，而网络效应的存在可能会影响市场集中度。数字经济中，数据越多，供需匹配、社群链接服务的丰富度、精准性就越高，用户就越愿意使用该服务，经营者收集的数据也越多，由此形成滚雪球式的正反馈。正是基于此，数字经济形态下的市场发展可能会存在垄断或者寡头垄断的趋势，即所谓“赢者通吃”的现象。这种现象有其两面性，一方面，考虑到企业创新需要大量的资本积累，这种统一的、整合的市场在某种程度上使得资源得到更有效率的配置；另一方面，平台可以利用其市场力量打压竞争对手，阻碍技术的更新迭代。

最后，以平台经济为例，数据要素特性与数字经济形态下常见的跨边效应结合，使得市场竞争更为复杂，进而影响市场结构。提供供需匹配服务的平台扮演着至关重要的角色，而这些平台往往是双边市场，利用数据资源，向双边提供服务。与传统单边市场不同，平台经营者面临的竞争风险复杂多样，不仅要面对其他平台的竞争，还要面对两边市场中各自单边市场的竞争，从而加剧了市场竞争结构的复杂性。

二、数据与市场行为

数据除影响市场结构外，也与经营者尤其是互联网企业的经营行为紧密相关。“数据垄断”从形式上可能包括对数据本身的涉嫌垄断行为，例如拒绝开放构成必要设施的数据或者平台；也包括利用数据实施的垄断行为，例如利用数据实施自我优待、大数据杀熟等。

（一）拒绝开放构成必需设施的数据或持有数据的平台

依据《禁止滥用市场支配地位暂行规定》第十六条，具有市场支配地位的经营者拒绝以合理条件开放必需设施，可能构成拒绝交易的垄断行为。“必需设施”理论过去常被运用在知识产权领域，但随着平台经济、巨头互联网企业的蓬勃发展，数据与必需设施理论愈来愈多地联系在一起。如2020年11月10日出台的《关于平台经济领域的反垄断指南（征求意见稿）》第十四条中即有“认定相关数据是否构成必需设施”的条款，虽然此后出台的正式稿中删除了该部分内容，但围绕数据及必需设施理论的讨论一直存在，其中核心问题是什么样的数据可能构成必需设施。

【思考】

数据可能分为不同的类型，例如个人数据，行业数据，公共数据；常见的“公共数据”如城市里的道路分布数据。从无用的数据到有用的信息之间，需要经过数据的收集、处理、存储、分析等过程。所以，从数据的生产过程来看，数据又可以分为原始数据和衍生数据。

由此，除了数据开放的必要性、可行性、对开放方造成的影响等考虑因素外，数据类型是否可能会成为认定数据构成必需设施与否的考虑因素？经营者对数据的再加工是否影响必需设施的认定？

（二）利用数据实施自我优待、大数据杀熟等垄断行为

互联网平台企业作为平台方享有收集平台内经营者及平台用户数据的便利优势，并常会基于此优势对所得数据再加工并利用，服务于自身的平台内经营业务，获得优于其他平台内竞争者的竞争优势。具体而言，企业利用数据实现自我优待的表现形式相对多样，包括在分析、加工用户数据的基础上有针对性地偏向自身平台内服务的搜索结果加权或搭售等。

特定的自我优待行为可能会构成当前《反垄断法》第十七条前六款明确列举并禁止的滥用行为，也可能落入第十七条兜底条款“国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为”的规制范围。

随着平台经济的兴起，平台经营者实施自我优待正逐渐成为全球各个司法辖区的反垄断执法关注点。

【思考】

经营者尤其是持有大量数据的平台类企业可能会如何利用数据实现自我优待？如何区分涉嫌垄断的自我优待与数字经济业态下合理的运营行为？

大数据杀熟是算法歧视的一种较典型的表现形式，主要指基于长期积累的交易相对人的交易大数据，利用算法根据支付能力、消费偏好、使用习惯等，对交易条件相同的交易相对人实行差异性交易价格或者其他交易条件。大数据杀熟可能构成现行《反垄断法》第一款第六项“没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇”。

【思考】

从大数据杀熟延伸开，算法歧视将对数字经济产生何种影响？在平台企业通过大数据分析构建全面、精准、多维的用户画像的背景下，如何认定交易条件是否实质相同？

（三）“数据集中”引发的竞争关注

2016年前后，德国联邦卡特尔局对F企业展开调查，指控F企业收购某社交APP后将两个平台的用户数据相融合的行为可能构成滥用市场支配地位。虽然德国卡特尔局的指控与F企业收购该社交APP的交易无关，但该案引起了反垄断领域对于“数据集中”的关注，即大型互联网企业可通过猎杀式收购，获得初创型或新进入的竞争者的用户数据，并与自身数据整合，强化对相关数据的控制力。

对此，我国《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》特别提及，对平台领域经营者集中引发的竞争影响进行评估时，反垄断执法机构可以考虑经营者掌握和处理数据的能力，对数据接口的控制能力，市场进入中经营者获得数据、用户等必要资源和必需设施的难度，用户在数据迁移等各方面的转换成本等。

【思考】

当前各司法辖区愈加重视对互联网企业尤其是各科技巨头进行的“猎杀式”并购的经营者集中审查，在此背景下，反垄断执法机构会如何评估合并后数据市场的封闭程度变化以及数据获取难易程度对市场竞争的影响？

三、数据与消费者权益保护

一般认为反垄断的初衷是包括使消费者福利最大化这一目的的。但是“使消费者福利最大化”说起来吸引人，其内容却很模糊。

第一，消费者福利的内涵是什么？一般而言，反垄断法保护消费者的经济福利（economic welfare），例如消费者需支付的价格，产品的功能等，但是消费者的人格权益是否也是反垄断法保护的法益之一呢？

第二，如何衡量消费者福利的增加和减少？一般而言，执法机构通过计算消费者在经济方面的盈余

来判断消费者福利的变化。消费者盈余是指每个消费者实际支付的金额与他愿意支付的金额之间的差额。例如，对合并行为的分析，执法机构会考虑合并对消费者获取价格的影响。美国《横向合并指南》提出执法机构在分析市场竞争影响时也可以考虑非价格的因素。美国《横向合并指南》进一步解释到“对市场产生不利影响也可以表现为对消费者产生不利影响的非价格条款和其他情况，例如降低产品质量、减少产品种类、降低服务水平或者抑制技术创新……当机构对合并是否会导致非价格竞争的实质性减少进行评估时，会采用一种类似于评估价格竞争的方法。”但是，在实际案件中如何衡量非价格因素对消费者福利的影响尚有很大的争议。举例来说，如果交易可能导致平台降低用户隐私保护，或者导致平台向用户收集更多的个人数据，在缺少个人数据定价机制的情况下，如何衡量用户的隐私或者数据利益是一个非常困难的问题。

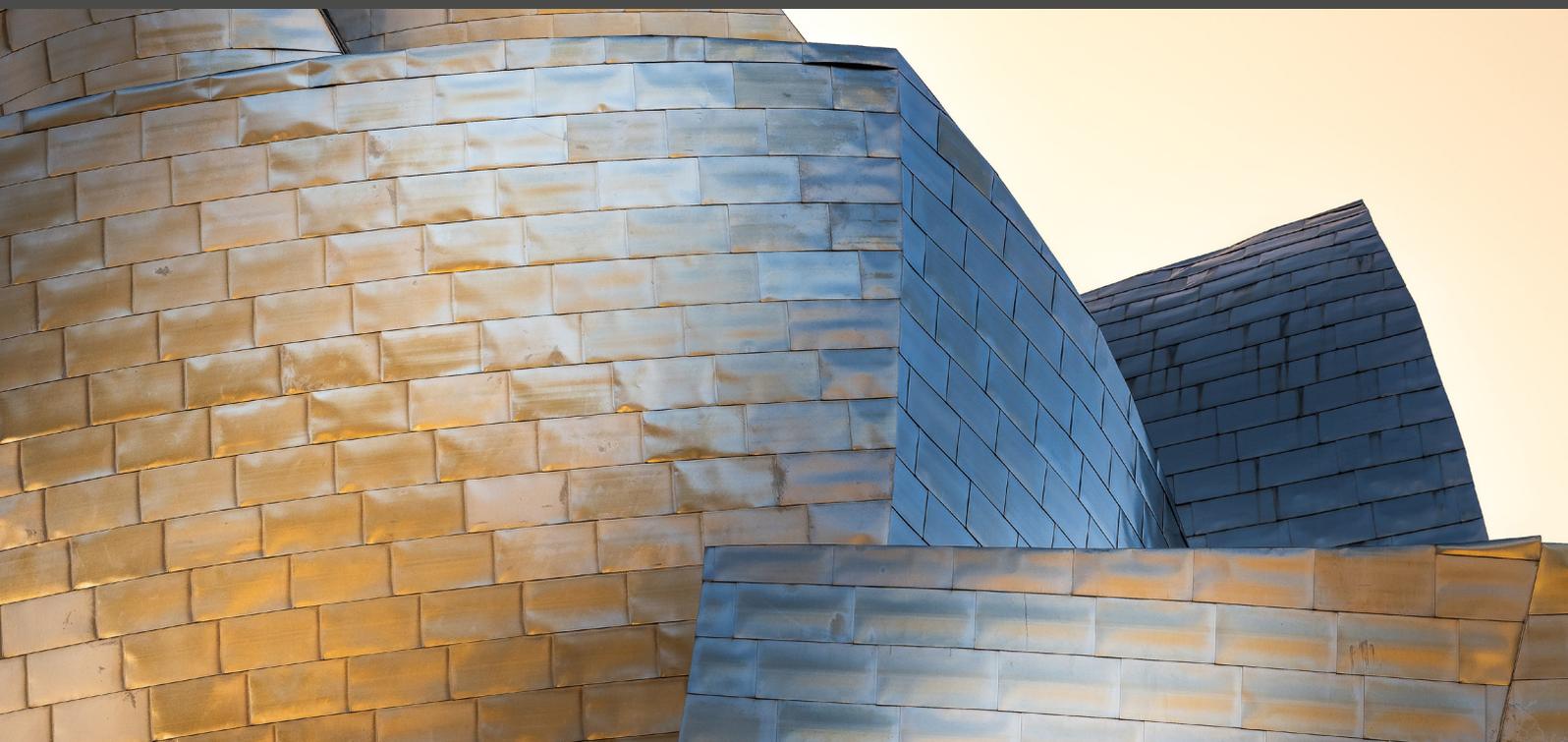
【思考】

假设两个社交类平台拟合并。当前，平台 A 的隐私保护条款比平台 B 的隐私保护条款更有利于消费者。合并完成后，平台 A 和平台 B 均使用标准较低的平台 B 的隐私保护条款。

反垄断执法机构该如何量化隐私减损的程度？如果交易会带来消费者经济福利的增加，如何平衡经济福利的增加和隐私减损？

感谢实习生赵飞燕对本文作出的贡献。

经营者集中申报



应报未报处罚重锤落下前 企业不可不知的申报那些事

宁宣凤 柴志峰 王叶 贾梦琳

引言

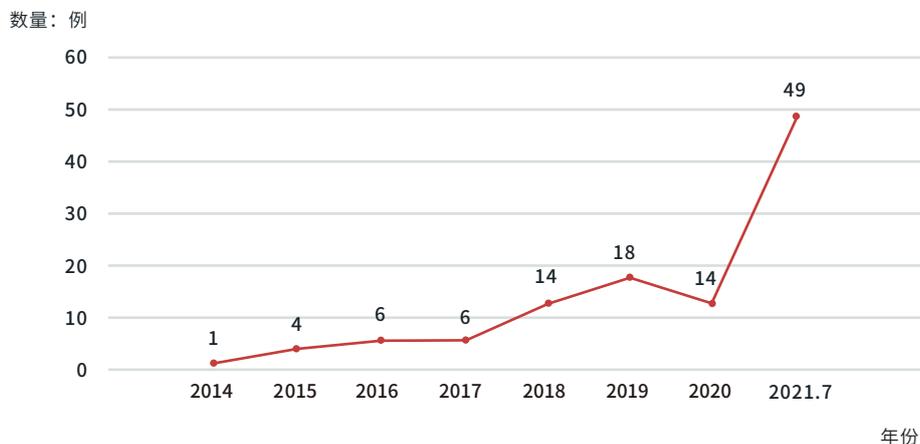
自 2020 年底以来，我国反垄断执法对于未依法申报违法实施经营者集中的密切关注可谓有目共睹，处罚公布高潮迭起，后续还会有多轮罚单公布。执法如火如荼，立法也在高歌猛进，随着《反垄断法》修法进程加快，应报未报即将面临大幅提升的违法后果。监管重锤落下之前，企业对于经营者集中申报应有哪些基本了解，我们希望通过本文帮助梳理一二。

一、数据概览

（一）案件数量成倍增加

自 2014 年起至今，我国反垄断执法机构依法查处并公开应报未报案件共计 112 例。其中，2014 年至 2017 年案件数量增长较为平缓，2018 年反垄断执法机构改革后有显著提升，今年的案件增加尤为明显，截至目前已高达去年的三倍之多。

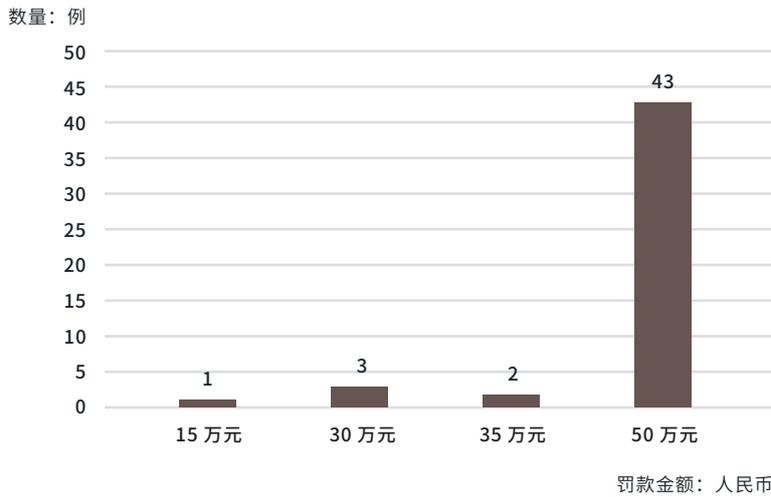
2014-2021 年应报未报行政处罚案件数量



（二）更普遍适用顶格罚款

对于应报未报案件采取的处罚措施，绝大多数均仅处以罚款。在罚款金额的分布上，2014年至2018年涉案企业的罚款金额为十五万元人民币以上，2019年大部分案件的罚款金额达到三十万元人民币以上，2020年起首次出现了适用顶格罚款五十万元的案件，2021年至今已公布的49例案件中，已有高达43例适用顶格罚款。

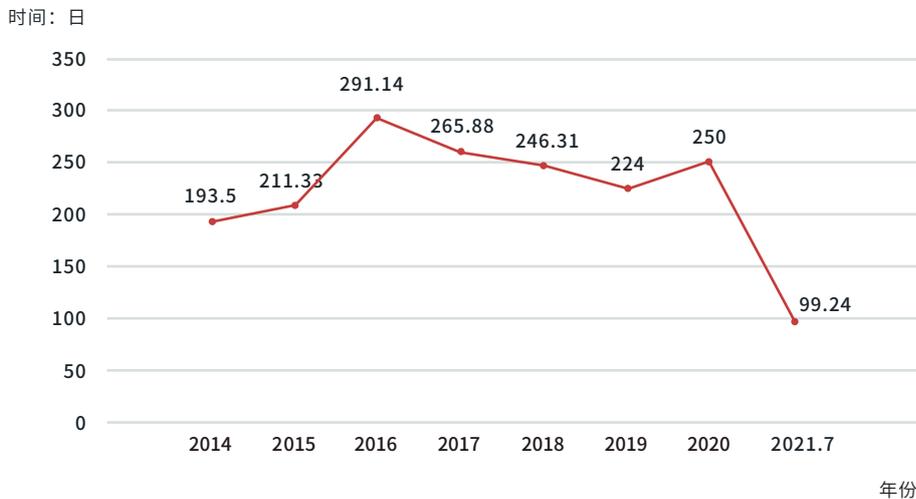
2021年至今应报未报行政处罚罚款金额分布



（三）结案周期显著缩短

应报未报案件调查过程中，涉案企业同样需提交正常申报下所提供的申报材料，但是调查程序中对于申报材料的审查相较于正常申报花费的时间更长。虽则如此，反垄断执法机构已经逐渐明显提升结案效率，平均调查时间呈显著缩短趋势，2021年至同年11月18日已公布的案件中有33例均在100天以内调查完毕。

2014-2021年应报未报案件平均调查时间



（四）平台经济领域成“重灾区”

在应报未报执法关注的行业领域上，随着市场监管总局对于涉及协议控制结构的经营者集中表示明确监管，平台经济领域自 2020 年年底以来已成为应报未报处罚的重灾区。此外，去年公布的应报未报案件还集中在汽车、医药、公共事业等与民生紧密相关的行业领域。

（五）预计未来案件数量仍会持续上升

从 2020 年年初市场监管总局发布《〈反垄断法〉修订草案（征求意见稿）》，再到 2021 年 10 月下旬公开征求意见的《反垄断法（修正草案）》，未来应报未报的升格处罚正在揭开神秘面纱。根据最新公布的《反垄断法（修正草案）》，违法实施经营者集中的法律责任区分具有与不具有排除、限制竞争效果这两种情形：对于前者的处罚既包括恢复至集中前状态，也包括上一年度销售额 10% 以下的罚款；对于后者仅处以罚款，上限为五百万元人民币。在《反垄断法》修法的窗口期内，已经有一些企业选择向反垄断执法机构主动认错领罚，据了解反垄断执法机构目前仍有大量案件积压。鉴于此，我们预计未来应报未报案件仍将热度不减。

二、企业为什么要积极排查应报未报

在强监管态势之下，企业有必要通过开展内部自查的方式，全面了解自身是否存在应报未报风险。

（一）案件来源多发，自查迫在眉睫

应报未报案件来源可能是市场监管总局对重点行业领域的主动摸排调查，第三方对特定企业或以往某项交易的举报投诉，亦有可能是企业在后续正常申报中需披露过去三年相关市场经营者集中情况，进而引起市场监管总局对过去三年相关交易是否依法申报的问询和关注。

（二）窗口期有限，隐患未除，前路未卜

尽管根据《行政处罚法》相关规定，违法行为在两年内未被发现的，不再给予行政处罚，但是，通过反垄断执法机构对于应报未报案件的执法实践可以看出，违法实施经营者集中的行为通常被认为处于连续或者继续状态，因此并不能简单地以交易完成交割为节点起算行政处罚的两年追诉时效。目前公开的应报未报案件中，也不乏有对多年前实施的交易进行处罚的情况。

在《反垄断法》修法背景下，同样考虑到违法实施经营者集中的行为可能被认为处于连续或者继续状态，如新法颁布时仍留有之前应报未报的隐患，不排除企业可能无法成功主张适用“从旧从轻”，或将因未及时解决旧患而受制于处罚大大加重的新法。所以，对于以往应报未报的案件，在新法落地出台以后，是存在适用新法处罚的可能性的。

另一方面，应报未报案件的后果不仅包括法律规定的罚款、恢复至集中前状态的处罚，由于行政处罚决定在市场监管总局挂网公开，企业留下不合规记录，这还可能一并带来企业声誉舆论受损、股价波动、对后续资本运作安排等的潜在风险，对企业的短期经济利益和长远持续发展都会造成难以估量的不利影响。

三、如何判断是否存在应报未报

为帮助企业初步判断是否存在应报未报，结合企业可能较常存在的误区，我们对经营者集中申报的门槛和适用通过问题的形式加以说明。

（一）经营者集中申报的门槛是什么？

如交易同时满足以下两项门槛，则需事先进行申报：

- （1）构成“经营者集中”，实质在于取得《反垄断法》意义上的“控制权”；
- （2）达到营业额标准。

（二）交易方之间的业务没有任何交集，或市场份额很有限，是否还需要进行“反垄断”申报？

判断是否触发申报只需要看上述两项门槛，而不论交易方之间存在何种业务关系、市场力量强弱与否、是否有可能形成垄断。如果交易同时满足两项门槛，即需要在中国进行经营者集中申报。

（三）什么是《反垄断法》意义上的“控制权”？

《反垄断法》下的“控制权”相较于公司法、证券法、会计准则等的认定更加宽泛，不仅包括持有过半数具有表决权的股权，也包括虽持有未达半数具有表决权的股权，但能够对目标公司的日常经营管理相关事项构成决定性影响。例如，对董事会组成人员的决定权或否决权、高级管理人员的提名权或任免权、经营计划或投资计划的决定权或否决权，以及财务预算的决定权或否决权等，通常会被认定为取得《反垄断法》下的控制权。

（四）仅收购少数股权，肯定不需要申报？

取得的股权比例并非判断是否存在控制权的唯一决定因素，还是应当根据交易协议梳理相关条款，逐一分析经营者在目标公司的股东会、董事会、高级管理人员层面取得的权利，如果已涉及参与目标公司的日常经营管理，则可能被认定为取得控制权。

从近期公布的应报未报案件以及正常公示的简易申报案件中都可以看到一些少数股权收购的交易，应报未报案件中有的收购或增持股权的比例低于 5%，正常申报中有的合营方持股比例甚至低于 1%，但均构成经营者集中，在营业额达标的情况下需进行申报。

（五）设立基金或投资平台，需要申报吗？

以一个普通合伙人（GP）与一个有限合伙人（LP）共同新设基金为例，判断是否需申报仍应回到对上述两项申报门槛的分析。需注意的是，基金尚未实际开展投资业务与申报门槛判断无关，并不会因此自然免除申报。并且，关于 LP 对基金是否有控制权也不可想当然，如果 LP 取得的权利并非限于保护其投资利益的“保护性权利”，而是会实际参与决策基金的运营管理、投资计划等，那么 LP 对基金也可能具有控制权。类似于新设合营企业的情形，在 GP、LP 营业额达标的情况下，设立基金也需进行申报。

近期公示的简易申报案件中已有多起基金 / 投资平台设立的申报，这也反映出基金投资领域对于经营者集中申报采取了愈加谨慎合规的处理方式。未来不排除反垄断执法机构可能也会对基金 / 投资平台设立存在的应报未报展开调查处罚。

(六) 哪些情形可能构成“抢跑”？

如果交易满足申报门槛，但未申报先实施，则属于“抢跑”。关于何为交易的实施，目前《反垄断法》及相关法律法规并未作出明确界定，一般来说以下情形可能会被认为构成“抢跑”：

- 新设合营企业，在经营者集中获得正式批准之前，在中国境内取得工商营业执照或在境外获得成立证明；
- 收购股权等交易，在经营者集中获得正式批准之前，变更工商登记或支付对价；
- 多步骤交易中，获得批准之前实施部分交易；
- 在经营者集中获得正式批准之前，以新设实体或交割后实体的名义从事任何商业行为，例如与第三方谈判、签订合同等。

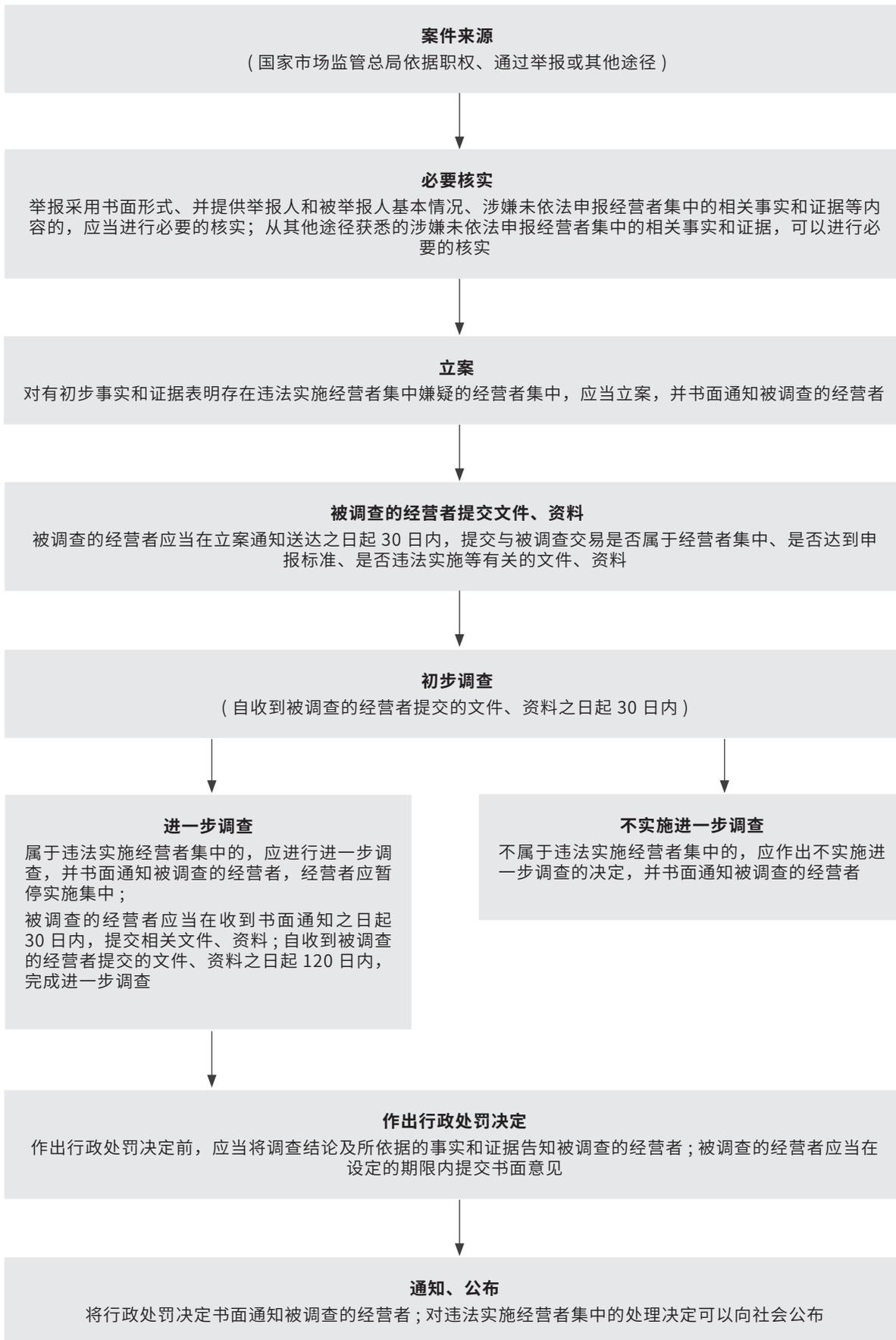
(七) 多步骤交易的额外关注？

多步骤交易是并购交易中一种常见的交易安排。对于已经满足营业额标准的多步骤交易，为避免出现“抢跑”风险，需要准确识别多步骤交易触发一次申报义务还是多次申报义务，进而确定应当在什么时间点履行申报义务。

实践中，反垄断执法机构通常重点关注各步骤之间是否紧密关联、互为条件，例如如果签署同一框架协议约定所有交易步骤，各步骤时间间隔较短，均为实现同一交易目的，彼此互为生效实施的前提条件，则很可能被认定为分多个步骤完成的一揽子交易。对于一揽子交易的情形，经营者应当就交易整体评估是否触发申报，在第一步骤实施前进行申报，完整披露整个交易安排。如果未经申报便实施第一步骤，则可能构成“抢跑”。

(八) 应报未报的调查流程和时限？

应报未报案件的调查程序如下图所示。需要注意的是，实践中，视案件具体情况不同，各调查阶段的时间期限很可能存在拖延，无法严格按此连续衔接。例如，反垄断执法机构立案前的核实时间可能存在不确定性，在进一步调查阶段反垄断执法机构可能会因申报材料不完备、需提供补充信息等，并未从初次收到企业提交的申报材料时开始起算进一步调查的时限。为有效应对调查程序时间上的不确定性，根据我们近期的实践经验，企业可以在等待立案时便开始着手准备完整的申报材料，在整个调查过程中保持与市场监管总局的联系跟进，对于可能产生问题的环节主动提前寻求指导，以积极配合的态度争取调查程序尽快顺利完成。



结语

近年来，我国反垄断执法机构对于应报未报案件相较于之前在执法和立法层面均给予前所未有的关注，伴随着执法经验积累和《反垄断法》修法正式颁布，可以预见反垄断执法机构对于应报未报案件的调查和处罚将愈加常态化、精细化。

我们建议企业对经营者集中申报合规引起足够重视，一方面，既要往回看，通过内部排查了解是否可能已经埋下不合规隐患，尤其是侧重于将来有资本运作或者重大重组的企业，建议积极主动解决隐患，让企业轻装上阵；另一方面，还要向前看，对于未来的投资并购交易，注重评估是否触发申报，在交易时间表安排上也考虑经营者集中申报相关工作，避免产生新的不合规风险。

感谢实习生周诚嘉对本文作出的贡献。

从反垄断新年首罚看少数股权投资中的经营者集中常见风险

刘成 朱群飞 王梦真

2022年1月5日，国家市场监督管理总局（“市场监管总局”）发布了新年第一批未依法申报违法实施集中（“抢跑”）案件的处罚决定。在本次公布的13起案件中，涉案当事人除了都涉及互联网企业以外，还普遍涉及少数股权投资。其中共有12起案件所涉及的股权收购比例不超过30%。此外，据统计，在2021年共计处罚的107件抢跑案件中¹，被认定享有控制权的持股比例，有55起不超过30%，其中有11起不超过10%。

虽然少数股权投资早有被反垄断执法机关处罚的先例，但从2021年的执法结果来看，执法机关对少数股权投资的执法态度愈加严格，少数股权投资被认定为反垄断法意义上的控制权的情况趋于常态。

本文结合新年第一批处罚案例，就其中所揭示的少数股权投资中涉及的经营者集中常见风险进行提示。

一、持股比例并不是认定控制权的决定性标准

在截至目前公布的处罚案例中，股权收购不超过10%的案件已有多起。可见，持股比例并非认定控制权的决定性标准。在私募股权投资中，尤其是引入多方投资人的多轮融资活动中，投资人通常只是进行小比例的股权投资。这种类型的投资从公司法或财务并表的角度看通常不构成控制权，但却可能构成反垄断法下的控制权，从而触发经营者集中申报义务。我们还注意到，本次公布的一起新设合营企业案中，4名股东中，持股比例排名第一（45%）和第三（15%）的股东共同控制合营企业，持股比例排名第二（28%）的股东反而对合营企业没有控制权²。因此，判断投资人在交易后是否取得反垄断法意义上的控制权，持股比例不是决定性标准，需要结合标的公司治理结构、业务关系等各方面因素进行综合分析和判断³。

常见的私募股权投资活动中，投资人通常会在投资协议、公司章程等交易文件中要求对标的公司的各种经营事项享有一票否决权，如果这类否决权涉及标的公司的战略性商业决策，那么投资人很可能被认为取得了控制权。此外，实务中，投资人之间达成的“MFN条款”或者其它联合投票安排等，也可能被认为赋予投资人对标的公司的控制权。

¹ 以作出行政处罚决定书的时间为准。

² 详情请见：https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202201/t20220104_338851.html。

³ 《经营者集中申报的指导意见》第三条对判断控制权的因素进行了非穷尽的列举，即通常考虑包括但不限于下列因素：

- （一）交易的目的和未来的计划；
- （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。

提示：

在投资活动中不能因为只取得少数股权而当然地认为不会取得标的公司的控制权，从而忽视可能存在的经营者集中申报风险。反垄断法意义上的控制权范围可能远大于一般公司法或财务并表概念下的控制权，需要结合多个因素进行综合分析。

二、存在多个投资人情况下，交易更容易达到申报标准

反垄断法意义上的控制权分为单独控制和共同控制。如果多个投资人对标的公司的战略性商业决策均具有一票否决权，则具有否决权的投资人均可能被认为享有标的公司的共同控制权。

在少数股权投资中，如果标的公司被多个投资人共同控制，则其中任意两个投资人达到了相应的申报标准⁴，即可能触发申报义务，这包括在本轮投资中取得控制权的新投资人，也包括在前序轮投资中对标的公司已享有控制权的投资人⁵。

在本次公布的某互联网公司 X 收购某手机端图片剪辑软件公司 M 股权案⁶中，X 在 A 轮融资交易时进入 M 公司，但在 X 进入之前，投资基金 Z 和投资基金 H 已经取得了 M 的共同控制权。交易后，X、Z、H 以及创始人对标的公司形成共同控制，如其中任何两方满足申报标准，则该交易触发申报义务。

营业额计算范围是其最终控制人所控制的所有关联实体的合并营业额（亦即集团层面的合并营业额）。对于股权投资基金来说，其营业额除了基金自身获得的管理费等收入以外，还应当纳入其控制的所有被投企业的营业额，以及该基金的最终控制人（通常为其管理公司）所控制的所有其它基金（及其控制的被投资企业）的营业额。

提示：

在少数股权投资中，标的公司经常为初创企业，其本身的营业额较小，但如果同时有多个投资人进入或者已有其他投资人进入标的公司，则新投资人的投资将可能触发申报。因此，投资人除了关注标的公司以外，还应当考虑共同投资的其他投资人以及标的公司已有的原始投资人的营业额情况，不能仅因为标的公司营业额小而忽视可能触发的经营者集中申报义务。

三、多轮融资可能触发多次申报义务

本次披露的处罚案件中，有两起针对的是同一个标的公司（即某手机端图片剪辑软件公司 M）的 A 轮和 B 轮融资，分别处罚了 A 轮融资中取得控制权的投资人 X⁷ 和 B 轮融资中取得控制权的投资人 B⁸。

- 2018 年的 A 轮融资中，X 取得了标的公司 15.5% 股权，交易后，X 与创始人、Z 和 H 共同控制 M，X 因抢跑行为被处以 50 万元顶额罚款（“**A 轮融资交易**”）；
- 2020 年的 B 轮融资中，B 取得标的公司 14.71% 股权，交易后，B 与 X 共同控制 M，B 因抢跑行为被处以 50 万元顶额罚款（“**B 轮融资交易**”）。

⁴ 根据《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第三条：“经营者集中达到下列标准之一的，经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报，未申报的不得实施集中：（一）参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过 100 亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4 亿元人民币；（二）参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过 20 亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4 亿元人民币。”

营业额的计算，应当考虑银行、保险、证券、期货等特殊行业、领域的实际情况，具体办法由国务院反垄断执法机构会同国务院有关部门制定。”

⁵ 在一个或多个原始投资人已经退出标的公司的情况下，“参与集中的经营者”还应当纳入标的公司本身。

⁶ 详情请见：https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202201/t20220104_338848.html。

⁷ 详情请见：https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202201/t20220104_338848.html。

⁸ 详情请见：https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202201/t20220104_338850.html。

可见，每一轮融资都可能触发新的申报义务，届时需要根据具体情况进行个案分析。若交易触发申报，则通过该次交易取得控制权的新投资人为申报义务人（如存在抢跑行为，其将成为潜在的处罚责任主体）。此外，在某轮融资前就已经享有控制权的投资人虽然不会因该轮融资的抢跑行为而被处罚，但也应当留意，若执法机关在对该轮融资的调查过程中发现前序交易或后序交易存在抢跑问题，同样会产生相关风险。

提示：

作为申报义务人和处罚责任人，通过交易取得控制权的投资人尤其应当审慎的评估交易的经营者集中风险。此外，新进入的投资人还需留意原始投资人进入标的公司的前序交易是否存在抢跑风险，以避免执法机关对前序交易发起调查贻误本次交易的进程，并对标的公司未来发展产生不利影响。

四、抢跑行为被发现的风险

上述手机端图片剪辑软件公司 M 的 A 轮融资交易和 B 轮融资交易都因抢跑受到处罚，两起交易被立案调查的时间非常接近：2021 年 8 月 12 日，反垄断局对 A 轮融资交易进行立案调查⁹；2021 年 9 月 3 日，反垄断局对 B 轮融资交易进行立案调查¹⁰。

在另一起某互联网公司 X 与私募基金 L 收购某数据分析软件公司 M 股权案¹¹中，2021 年 8 月 12 日，反垄断局对 X 的违法行为立案调查，随后在 2021 年 10 月 8 日对 L 的违法行为进行立案调查，并在 2021 年 12 月 31 日一同作出处罚决定。

上述处罚案例均存在交易上的关联性，因此不排除反垄断局在对其中一个交易 / 当事人进行调查的过程中，发现另一起交易 / 当事人的违法线索，从而引发了新的调查和处罚。

提示：

实务中，执法机关可能通过多种渠道和方式发现违法线索，例如，执法机关可能从关联交易的调查中发现违法线索，或者如果标的公司后续融资交易需要进行经营者集中申报，在申报文件中即可能“暴露”前序融资交易抢跑的违法线索。此外，违法行为也存在随时被第三方举报的风险。而如果标的公司计划上市，证券监管机构也可能就是否具有和履行经营者集中申报义务进行询问，上市公司的各种公告中也可能“暴露”既往交易中存在的抢跑违法线索。一旦既往融资活动中存在抢跑问题，将给标的公司后续的再融资以及后续上市交易带来较大的隐患。

在私募股权投资中，若标的公司今后还有多轮融资计划，且寻求最终上市交易，则尤其应当注意在每一轮的融资活动中控制经营者集中风险，在交易前谨慎评估，排除隐患。

五、退出投资并不意味着完全消除违法风险

从目前处罚的未依法申报处罚案例来看，即使对于多年前已经完成交割的交易，执法机关仍然会对抢跑行为发起调查和处罚。即使投资人已经退出被投资企业，其原始投资的抢跑行为的法律风险也并不因退出而必然消除。

⁹ 本批次 13 个处罚案件，有 12 个案件均在这一天立案调查。

¹⁰ 在上述 2 轮融资的中间，标的公司还发生过一次控制权变更，即在 A 轮融资后 B 轮融资前，标的公司由投资人 X 和 G 公司共同控制，换言之，在 A 轮和 B 轮融资中间，创始股东、私募基金 Z 和私募基金 H 退出了标的公司，而 G 公司取得了标的公司的共同控制权。就该交易，我们并未检索到经营者集中申报和批准记录。可能的情况是：G 公司在中国境内并未达到 4 亿元营业额标准，故而无需申报；或者，反垄断局已经发现该交易的违法线索，目前正在调查中，可能在将来发布正式的处罚决定。我们将对此保持持续关注。

¹¹ 详情请见：https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202201/t20220104_338841.html。

以本次公布的某互联网公司 X 与某私募基金 L 收购某数据分析软件公司 M 股权案¹²为例，根据公开信息显示，在执法机关发现违法行为时，投资人 L 实际上已经退出标的公司，不再享有标的公司的控制权，但执法机关仍然对其原始投资的抢跑行为进行了处罚。

提示：

抢跑行为的违法风险并不因交易交割完成、因后续投资而丧失控制权、或投资人退出标的公司而自然消除。既往的违法行为仍然可能被执法机关予以处罚。即使投资活动时间短、退出快，抢跑行为的法律风险并不因此而降低。

结语

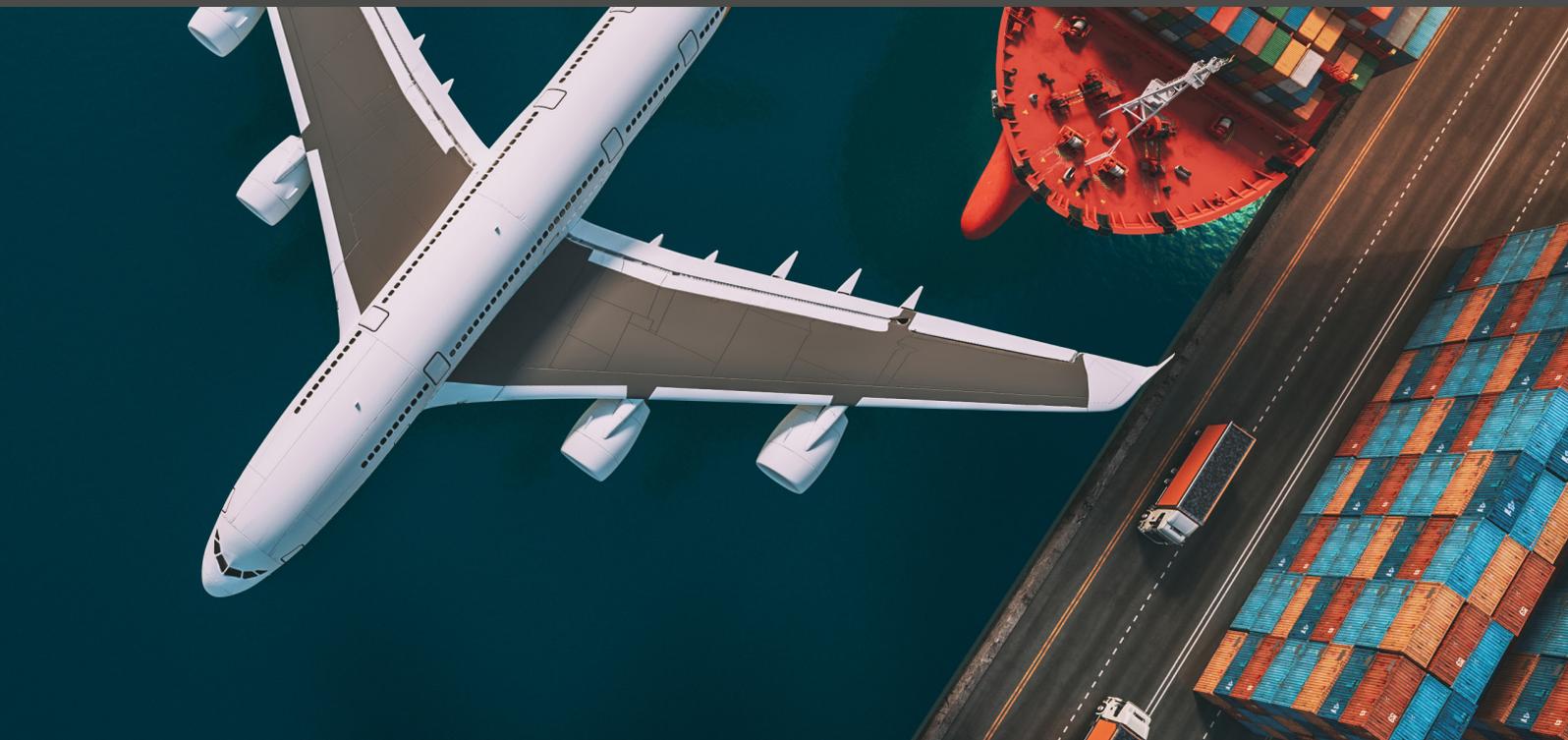
2022 年首批公布的反垄断处罚案件集中在少数股权投资领域，且均为顶格处罚，表明了执法机关对少数股权投资趋严的监管态度，且少数股权投资被认定为取得控制权越来越成为常态。在《反垄断法（修正草案）》大幅提升了抢跑行为处罚上限¹³，且可能对修法生效前的抢跑案件追溯适用的情况下，为降低反垄断合规风险，建议投资人：

1. 在将来的投资活动中，谨慎评估每一轮投资交易是否触发经营者集中申报；
2. 对于既往的投资交易，尽快排查是否存在抢跑风险，并根据排查结果，谨慎评估和制定避险方案。

¹² 详情请见：https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202201/t20220104_338841.html。

¹³ 《反垄断法》（修订草案）第五十八条规定：“经营者违反本法规定实施集中，且具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，处上一年度销售额百分之十以下的罚款；不具有排除、限制竞争效果的，处五百万元以下的罚款。”

境外反垄断合规



企业境外经营之保驾护航—— 《企业境外反垄断合规指引》解读

柴志峰 吴炜旻

引言

近年来，在中国企业国际化经营步伐不断加快、贸易保护主义抬头、各主要司法辖区反垄断监管趋严的多重背景下，中国企业境外经营所面临的反垄断合规压力不断增强。立法上，以美国的《创新与竞争法案》为代表的立法活动突出反映了中国企业在主要境外司法辖区面临的紧张贸易环境；执法上，中国企业越来越多的交易需要进行域外申报；以历时十七年的维生素 C 案为代表，数家中国企业在境外因涉嫌实施垄断行为而被诉。有鉴于此，2021 年 11 月 18 日，国家反垄断局正式挂牌当天，市场监管总局印发了《企业境外反垄断合规指引》（以下简称《指引》），以期为企业境外活动的反垄断合规提供参考。

《指引》为部门规范性文件，在适用上不具有强制性，但其清晰完整地反映了企业境外反垄断合规所面临的基本要求，对企业防范境外反垄断风险具有重要提醒作用和指导意义。《指引》共分为五章 27 条，体例及章节安排与国务院反垄断委员会《经营者反垄断合规指南》保持基本一致，主要内容包括总则、境外反垄断合规管理制度、境外反垄断合规风险重点、境外反垄断合规风险管理、附则。本文拟结合《指引》，从经营者集中、垄断协议、滥用市场支配地位、违法责任四个主要方面就企业境外反垄断合规经营的常见问题解读一二。

一、经营者集中申报

经营者集中在各主要司法辖区的称呼不尽相同，但主要是指企业合并、收购、合营等行为。为避免经营者之间通过集中的方式排除或限制竞争，绝大多数司法辖区均要求经营者就达到申报标准的集中交易向竞争主管机关进行申报，待执法机关经审查后作出予以批准或附限制性条件予以批准等决定才能交割。

（一）依据《指引》第 11 条，不同司法辖区对集中的判断标准、申报门槛、申报时点等规定不尽相同

就何种交易构成反垄断法框架下的经营者集中而言，包括我国在内的多数司法辖区均主要考察经营者控制权的持久变动；但在特定的司法辖区如部分欧盟成员国中，即便交易只涉及少数股权变动且该少数股权不伴随通常可反映控制权的否决权，也可能被认为属于经营者集中情形。此外，实务中常见的设立合营企业是否构成经营者集中在不同司法辖区的标准也存在差异，需要根据相关规定具体分析。

除了控制权变化，各司法辖区一般还会设定其他的申报标准要求。如有的司法辖区设置交易规模、交易方资产额、营业额等多元指标判断是否达到申报标准，有的司法辖区考察集中是否会或者可能会对本辖区产生实质性限制竞争效果，主要以市场份额作为是否申报或者鼓励申报的初步判断标准。

就申报时点而言，各司法辖区规定也不尽相同。多数司法辖区要求符合标准的集中必须在实施前向反垄断执法机构申报，否则不得实施；有的司法辖区则根据集中类型、企业规模和交易规模确定了不同的申报时点；还有的司法辖区要求企业不晚于集中实施后的一定期限内申报。

（二）国有企业境外申报可能面临的挑战

各主要司法辖区一般均要求参与集中的经营者以集团层面作为提供信息的维度。对涉及国有企业的经营者集中，境外司法辖区是否会上溯国有企业的股东至中国国有资产监督管理委员会（下称“国资委”）等政府部门，从而认定国资委下属的所有企业为一个集团整体具有不确定性。若执法机关认定所有相关国有企业构成单一集团，则其产生的影

响将包括但不限于：1) 交易触发申报的可能性提升；2) 申报的流程更为繁琐；3) 更加复杂的竞争分析。

从实务来看，经营者集中申报中，国有企业独立性被质疑的情形主要发生在欧盟及其主要成员国中。例如，欧盟委员会（下称“欧委会”）在一些审查案件中均对相关国有企业是否构成单一经济体提出了疑问，并进行了细致的论证。虽然在上述部分案件中，欧委会在评估后没有做出明确结论，但是国有企业在境外做经营者集中申报需审慎评估股东被上溯至国家层面引发的审查不确定性，并提前制定相应的对策。

（三）集中交易可能涉及因敏感信息交换等引发的其他反垄断风险

除了申报要求，经营者集中也可能引发其他竞争担忧，如为实施集中而进行的信息交换以及交易安排中的联合采购、联合销售、不竞争条款等均可能引发反垄断风险。以信息交换为例，其可能引发执法机关对双方达成横向垄断协议的担忧，也可能被视为交易双方在未获得审批通过前提前实施集中。

首先，若买卖双方为同一市场中的竞争者，则买方对卖方的尽调过程中对敏感信息的收集可能被视为横向竞争者间敏感信息的交换、进而引发执法机关对双方达成或实施横向垄断协议的担忧。以欧盟为例，欧委会发布的《关于欧盟运行条例第 101 条适用于横向合作协议的指南》（“横向指南”）中认定敏感信息包括但不限于与价格、数量、客户清单、生产成本、营业收入、销售额等相关的信息。¹ 为了分析敏感信息交换的违法性，境外执法机构通常会考虑经营者所在市场的特点、企业如何使用交换后的敏感信息等情形。

其次，在交易过程中进行信息交换还存在被认定为“抢跑”的可能性。虽然我国目前尚无相关执法案例，但根据欧盟的执法实践，在反垄断审批通过之前进行竞争性敏感信息交换可能会被认定为实质性抢跑（substantial gun jumping）。²

因此在集中交易中，经营者不仅需关注申报义务，还需警惕因交易条款或尽调等而引发的反垄断合规风险。就信息交换而言，需在交易中尽可能避免与

原为竞争者的交易对手交换敏感信息，若确无法避免，则应建立风险防范机制，如在交易对手之间设立通常由中介组织构成的清洁团队（clean team），敏感信息由清洁团队脱敏后再传输至交易双方；同时，各交易对手内部设立防火墙，防止敏感信息传输至与本交易无关的人员处，引发合规风险。

二、垄断协议

垄断协议一般是指企业间订立的排除、限制竞争的协议或者采取的协同行为，主要包括固定价格、限制产量或分割市场、联合抵制交易等横向垄断协议以及转售价格维持、限定销售区域和客户或者排他性安排等纵向垄断协议。

横向垄断协议，尤其是与价格相关的横向垄断协议，通常被视为非常严重的限制竞争行为，各司法辖区均对此严格规制。如美国《谢尔曼反托拉斯法》第 1 条对横向垄断协议做出了规定，违反该规定的有可能需承担三倍损害数额的罚金，并可能负担刑事责任；欧盟以《欧洲联盟运作条约》第 101 条限制横向垄断协议，达成或实施横向垄断协议的将被处以全球年营业额的 10% 以下的罚款；在日本，横向垄断协议会违反该国《禁止垄断法》的规定，相关罚则为违法所涉商品在违法期间销售额的 1%-10%；在韩国，横向垄断协议违反《反垄断和公平竞争法》的规定，垄断协议参与方可能面临相关销售额的 10% 的罚款。

此外，多个司法辖区也对纵向垄断协议予以规制，其中转售价格维持（RPM）具有较大的违法风险。在现行反垄断法框架下，我国执法机关对 RPM 的认定多采用“原则禁止 + 豁免”的分析路径，即一旦认定属于 RPM，便推定该协议具有排除、限制竞争效果，不再展开竞争分析，只有在符合《反垄断法》第十五条豁免情形的情况下，才予以豁免。2021 年《反垄断法（修正草案）》中新增规定经营者能够证明限定最低转售价格的纵向垄断协议不具有排除、限制竞争效果的，将不予禁止。

就域外而言，美国此前认为 RPM 协议具有本身违法性，但自 Leegin 案始，美国的态度转为认为对 RPM 协议也需依据合理原则进行分析。欧

¹ 具体请参见《横向指南》第 86 段。

² 具体请参见欧盟委员会案例 COMP/M.4734, INEOS/Kerling 和 M.7993 - ALTICE / PT PORTUGAL 等。

盟一般把纵向限制分为核心限制和非核心限制。RPM 是核心限制，被推定违反欧盟竞争法；非核心限制则需要个案分析。为了进一步节约执法成本，欧盟监管机构对非核心限制规定了“安全港”规则，依据《纵向协议集体豁免条例》（Vertical Block Exemption Regulation）的规定，对于供应商和购买商各自市场份额均不超过 30% 的纵向协议，无需再经个案分析即可享受《欧盟运作条约》（TFEU）第 101（3）条规定的豁免。

三、滥用市场支配地位

依据《指引》第十条，市场支配地位一般是指企业能够控制某个相关市场，而在该市场内不再受到有效竞争约束的地位。一般来说，判断是否具有市场支配地位需要综合考虑业务规模、市场份额和其他相关因素，比如来自竞争者的竞争约束、客户的谈判能力、市场进入壁垒等。

企业具有市场支配地位本身并不违法，只有滥用市场支配地位才构成违法。滥用市场支配地位是指具有市场支配地位的企业没有正当理由，凭借该地位实施排除、限制竞争的行为，一般包括销售或采购活动中的不公平高价或者低价、低于成本价销售、附加不合理或者不公平的交易条款和条件、独家或者限定交易、拒绝交易、搭售、歧视性待遇等行为。企业在判断是否存在滥用市场支配地位时，可以根据有关司法辖区的规定，提出可能存在的正当理由及相关证据。

贸易全球化背景下，行业巨头尤其是互联网科技领域龙头企业因涉嫌滥用市场支配地位而受到境外反垄断执法机构关注的情形屡见不鲜，如 2021 年 12 月，意大利反垄断当局称因涉嫌滥用市场主导地位，对美国某电子商务领域的科技巨头企业处以超过 11.8 亿欧元的罚款，印度竞争委员会近日对某电子产品巨头公司涉嫌滥用手机应用程序中的市场支配地位、收取高昂佣金展开反垄断调查。

四、法律责任

结合《指引》第 18 条，垄断行为可能导致相关企业和个人被追究行政责任、民事责任和刑事责任。

针对垄断行为的行政责任主要包括责令停止违法行为、没收违法所得、罚款等。其中，罚款的形

式主要包括三种：1) 明确最高罚款数额的封顶式罚款；2) 依据销售额的一定百分比的倍率式罚款；3) 二者兼而有之的形式。此外，特别地，对于违法实施经营者集中的，执法机关还可能视集中排除、限制竞争的效果要求交易方采取包括拆分在内的必要措施，以恢复到集中前的状态。如 2020 年，英国反垄断部门出于对市场竞争受损的担忧，要求某互联网社交媒体公司出售此前已购至麾下的 GIF 图片搜索引擎公司，该社交媒体公司已对该执法决定表示不服，并于今年向英国竞争上诉法庭（Competition Appeal Tribunal）起诉；无独有偶，该互联网社交媒体公司在美国也遭遇了类似的困境，美国联邦贸易委员会（FTC）在针对其的一起反垄断诉讼中诉请法院强制该公司出售已完成购买的两家社交媒体软件公司。虽然前述案件均尚在审理中，但毋庸置疑，各主要司法辖区对经营者集中审查以及对违法集中的惩治均采取趋严态度。

民事责任方面，美国的《谢尔曼法》和《克莱顿法》中均规定了三倍损害赔偿制度：“任何因反托拉斯法所禁止的事项而遭受财产或营业损害的人，可在被告居住的、被发现或有代理机构的区向美国区法院提起诉讼，不论损害大小，一律给予其损害额的两倍赔偿及诉讼费和合理的律师费”，维生素 C 案中，原告即提出了反垄断损害三倍赔偿的诉请。欧洲议会和欧盟理事会则在第 2014/104 号指令《关于违反成员国和欧盟竞争法条款的国内法损害赔偿诉讼若干规则》中指出，成员国应确保任何因违反竞争法而受到损害的自然人或法人能够提出索赔并获得充分赔偿，包括实际损失和利润损失，加上从损害发生之日起至支付赔偿金止的利息。

刑事责任主要包括罚金及对涉案个人的自由刑。依据 2017 年国际竞争网络（International Competition Network, ICN）年会的一份调查报告，目前已至少有 19 个国家规定对参与卡特尔的个人可以判处监禁刑，刑期从 3 年到 14 年不等。

五、企业如何健全境外反垄断合规体系

各主要司法辖区反垄断监管趋严背景下，为应对不断加压的境外反垄断合规经营环境，企业需结合《指引》，提升境外反垄断意识，有效识别并应对反垄断合规风险，以健全的反垄断合规体系为企业境外经营保驾护航。

那么企业该如何健全境外反垄断合规体系呢？中国标准化协会（CAS）主导，数十家平台经营者参与制定的《平台经营者反垄断合规管理规则》（征求意见稿）（以下简称“《平台反垄断规则征求意见稿》”）于2021年11月1日对外发布。《平台反垄断规则征求意见稿》从设立合规目标，搭建风险应对机制、落地内部和外部评估机制等多个方面为企业建立反垄断合规体系提出了实践标准。虽然《平台反垄断规则征求意见稿》针对的是平台企业的境外反垄断合规，但是其对于相关企业（包括平台企业和非平台企业）建立境外反垄断合规体系同样具有显著的参考价值。以下，借鉴《平台反垄断规则征求意见稿》的指引，我们从计划、运行、评价、改进四个方面对企业健全境外反垄断合规体系提出如下建议：

（一）计划阶段

在计划阶段，企业需要明确反垄断合规的目标，并根据合规目标，从组织制度、领导职责等方面完成反垄断合规制度的框架搭建。

经营者在策划如何实现反垄断合规目标时，应确定做什么，需要什么资源，谁负责，如何完成，结果如何评价。从责任要求来说：最高管理者应当从宏观层面把握反垄断合规管理要求，确保反垄断合规目标与公司战略方向保持一致，确保相关资源、具体合规要求、考核与奖惩机制的顺利配置实施，持续推进反垄断合规目标的实现与反垄断合规管理工作的进行。中高层管理者应当在反垄断合规管理工作中起配合和支持作用，协助开展对反垄断合规风险的评估等。反垄断合规管理部门应当对反垄断合规管理工作的落实、相关人员的培训情况进行监督，并就相关落实情况以及其他垄断问题向中高层或最高管理者汇报等。员工应当遵守反垄断合规管理要求、参加反垄断合规培训、充分了解自身岗位的反垄断合规要求、违反要求的后果以及内部举报方法，必要时提请开展风险评估等。

（二）运行阶段

在运行阶段，企业需要将反垄断合规制度落地于企业的日常经营活动，做好企业的反垄断风险识别。同时，企业应搭建风险应对机制，建立内部举报、内部调查、配合外部调查等机制使得企业可以及时发现并快速应对问题。

具体而言，企业可以从垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中申报三个方面对公司可能存在的反垄断风险进行梳理和识别。在公司内部，企业应当建立以保护举报人、鼓励属实举报为原则的内部举报机制，并在接到举报后及时进行内部调查。公司应当确保内部调查的独立性，并保留相关信息；如需，公司可以聘请第三方机构协助公司进行内部调查。最后，对于公司员工参与具有反垄断法风险的行为（例如和竞争对手沟通等），应事先经反垄断合规管理部门评估或者审批。

（三）评价阶段

在评价阶段，企业应当积极进行定期的内部和外部评估，合理地制定评估范围、流程、标准，形成详细的评估报告，并及时对相关文件归档。

具体而言，公司应当定期进行反垄断合规制度的内部审核和评估。在评估前，公司应当明确审核目标、准则和范围；确保审核的独立性以及审核结果的流转畅通。就评估的流程，公司可以通过制定问题及材料清单、收集并审阅材料、形成重点关注风险和针对性进行访谈交流、借助第三方开展独立调查、出具评估结果等步骤展开。

（四）改进阶段

在改进阶段，企业应当持续改进反垄断合规管理制度的适宜性、充分性和有效性。对于评估不合格的情况，应确定不合格的原因，并采取纠正措施，并在可行的情况下，进行复评。

具体而言，公司应当对评估结果进行及时反馈；面对评估不合格的情况，公司应当采取控制和纠正措施，不应置若罔闻。在确定如何改进反垄断合规制度时，公司可以考虑如下因素：变更目的及潜在后果、反垄断合规管理过程设计和运行的有效性、资源的充足程度及可用性、职责和权限的分配或者再分配等。

感谢实习生赵飞燕对本文作出的贡献。

主要作者



宁宣凤

susan.ning@cn.kwm.com



柴志峰

chaizhifeng@cn.kwm.com



张若寒

zhangruohan@cn.kwm.com



刘成

liucheng@cn.kwm.com



金杜律师事务所

金杜律师事务所被广泛认为是全球最具创新力的律所之一，能够提供与众不同的商业化思维和客户体验。金杜拥有近 3000 多名律师，分布于全球 30 个城市，借助统一的全球平台，协助客户了解当地的挑战，应对地域性复杂形势，提供具有竞争优势的商业解决方案。

作为总部位于亚洲的国际领先律师事务所，我们为客户发掘和开启机遇，协助客户在亚洲市场释放全部潜能。凭借卓越的专业知识和在核心市场的广泛网络，我们致力于让亚洲走向世界，让世界联通亚洲。

我们始终以伙伴的合作模式为客户提供服务，不止步于满足客户所需，更关注实现客户目标的方式。我们不断突破已取得的成就，在重塑法律市场的同时，打造超越客户预期的律师事务所。

金杜法律研究院是由金杜律师事务所和金杜公益基金会联合发起成立的非营利性研究机构。自设立以来，一直致力于打造具有国际影响力的中国特色新型智库，依托于金杜律师事务所过往二十多年来服务国家经济建设和法治建设过程中所积累的丰富执业经验和专业洞见，对企业“走出去”战略中面临的重要问题进行分析研究，以提供具有建设性和实操性的政策建议和咨询意见。



金杜研究院
KWM_CHINA

© 2022 金杜律师事务所
如需了解更多信息，请访问 kwm.com。