

网络安全、数据治理 与反垄断合集 (下篇)

金杜律师事务所
KING&WOOD
MALLESONS

网络安全、数据 治理与反垄断 合集（下篇）

声明：

本出版物由金杜律师事务所和金杜法律研究院联合出版，不代表金杜律师事务所对有关法律问题的法律意见。任何仅仅依照本出版物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。

本出版物中，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 2023 年版权所有

如需了解更多信息，请访问 kwm.com。

金杜律师事务所保留对本出版物的所有权利。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）复制本出版物任何受版权保护的内容。

有关本出版物的咨询及意见和建议，请联系：

publication@cn.kwm.com

序言

2021-2022年，对于中国网络安全数据保护和反垄断，都是应当被铭记的。

首先，在法律层面上，《数据安全法》和《个人信息保护法》于2021年下半年生效，与《网络安全法》共同构筑了中国网络空间安全、数据/个人信息保护的骨架。《反垄断法》在实施14年后修法，于2022年8月1日生效，并明确了经营者不得利用算法、数据或平台规则从事垄断行为。

与法律相配套的国家标准、部门规章在数据安全个人信息保护方面纷至沓来，《关于平台经济反垄断指南》等，也都在细化规则上，显示着立法者对于实施法律的耐心、决心和努力。各地方政府和人大，在地方立法上也百舸争流，对于数据产权交易、数字经济促进、创新，对于地方优势产业及其数字化转型，都在做出非比寻常的努力，地方法规和鼓励政策纷纷出台，显示出地方政府对地方数字经济的巨大热情与信心。

金杜反垄断与网络安全、数据合规及治理团队，从参与立法到深度实践，我们始终与立法、执法、产业、学界一起，研究最前沿的法律问题，并在数据与反垄断法律问题结合点上，寻求平衡，探讨诸如人工智能、大数据、云计算等新兴技术与竞争的关系，算法是否可以成为新的合谋方式，隐私保护是否可以成为竞争法下的合理理由。

《反垄断法》是有趣的，《网络安全法》《数据安全法》《个人信息保护法》是有趣的，二者相加相结合，更是有趣的。我们的团队就是在这有趣的法律领域中自由践行，并成此集以记心得。

《中共中央 国务院关于构建数据基础制度更好发挥数据要素作用的意见》（“数据二十条”）于2022年12月19日公布，涉及数据产权、流通交易、收益分配、安全治理四个方面，初步搭建了我国数据制度体系，以赋能实体经济，促进高质量的发展。这些问题，既是数据安全/治理需要探讨的问题，也是反垄断需要探讨的问题。

我们身在其中，乐在其中，也希望成于其中！

2022年12月22日 壬寅冬至日



宁宣凤

合规业务部管理合伙人
金杜数字经济国际法律服务中心负责合伙人



金杜数字经济国际法律服务中心

作为引领未来的新经济形态，数字经济已成为推动我国经济高质量发展的重要引擎。“十四五”期间，中央推出新的政策和举措，扶植数字经济的发展，明确将数据作为新型生产要素，在国家层面正式确认数据的基础资源地位，正式开启数字经济社会新阶段。在数字经济社会发展的同时，社会各界亟需从理论和实践角度研究和分析数字经济社会产生的法律关系，例如分享经济中的灵活用工劳动关系、个人信息处理者与个人信息主体的委托关系、智慧城市构建中多主体的法律责任和权益等。

作为国内首家专注数字经济领域法律研究和法律服务的国际化创新型综合法律服务平台，金杜数字经济国际法律服务中心（以下称“数字中心”）整合行业头部资源，组成跨学科、跨法域的研究战队，致力于内容、产品和业务模式的创新。数字中心运用智慧和经验，为数字经济立法和规则制定提供极具价值的专业研究成果，同时将前沿研究转化为具有商业价值的法律服务和产品，帮助企业客户成功应对数字经济浪潮新挑战。

数字中心依托金杜律师事务所在法律实践和平台资源的领跑优势，结合数字经济的无疆界特点拓展全新服务平台和产品，将“法律+数字经济”的构想付诸实践。

目录

《反垄断法》首次修法“新法”新规新解 007

反垄断系列新规解析——申报标准调整，宽还是严？ 017

顺时而为——双重强监管背景下，企业需关注的反垄断申报问题及“避雷”指南 022

“安全港”也会沉船——反垄断系列新规解析 029

自我优待，孰是孰非——反垄断系列新规解析 035

重磅落地：五省级市场监督管理局将正式试点 实施经营者集中简易案件审查 040

反垄断修法深度解析系列（一）——概览篇 048

反垄断修法深度解析系列（二）——平台经济监管篇 054

反垄断修法深度解析系列（三）——垄断协议篇 062

反垄断修法深度解析系列（四）——经营者集中审查篇 068

反垄断修法深度解析系列（五）——反垄断诉讼篇 074

5年间3次修法——《反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》解读 077

加强全链条竞争监管，规制数字经济不正当竞争——《反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》解读 083

反垄断诉讼解析（一）——垄断协议案件如何评估排除、限制竞争 090

反垄断诉讼解析（二）——支配地位不是原罪 094

金融行业反垄断合规锦囊之七问七答 104

最高法院判决提示：委托生产安排可能存在反垄断风险 110

八问八答——从最高法院判决看竞争者间调解协议的反垄断约束 115

反垄断与特许经营：固定加盟商销售价格被认定违法 120

国内外执法动态评析：反垄断视角下的特许经营合同 124

“联姻”也要保持独立？——合营企业反垄断合规关注 129

《反垄断法》首次修法 “新法”新规新解

宁宣凤 柴志峰 张若寒 吴炜旻 阮思莹 宋雪影 张贤 屈尘 张英伦

自2008年8月我国首部《反垄断法》（《反垄断法（2008）》或“旧法”）实施以来，其对于保护公平竞争、提高经济运行效率、维护消费者利益和社会公共利益、促进高质量发展等发挥了十分重要的作用。然而，在“百年未有之大变局”中，国内外政治经济环境不断变革，《反垄断法（2008）》中部分条款已不能很好地适应现在和未来的需要，亟待修改完善。在此背景下，立法机构在吸纳司法机关、行政主管部门、企业界、学界和律师的多方面意见后，于2022年6月24日正式通过《中华人民共和国反垄断法（2022修正）》（《反垄断法（2022）》或“新法”），并于2022年8月1日起施行。至此，我国《反垄断法》自2008年实施后的首次大修正式完成。

新法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、完善规制数字经济领域的滥用行为，以及提升未依法申报罚则等多个层面提出了一系列新规则、新标准、新要求，并首次将鼓励创新写入立法目的。

同时，相较于2021年10月公开征求意见的《中华人民共和国反垄断法（修正草案）》（《修正草案》），《反垄断法（2022）》进一步明确了反垄断相关制度在平台经济领域中的适用规则，完善了垄断协议“安全港”规则，完善了对于未达到申报标准的经营者集中的调查、处理程序，并对经营者集中的审查工作提出具体要求。¹

本文将基于我们十余年来的反垄断实务经验，聚焦《反垄断法（2022）》对企业的最重大影响。

一、“安全港”制度的确立与边界

（一）“安全港”制度有助于降低合规工作不确定性，提升预期

本次修法最突出的特色之一是确立了“安全港”制度。基于新增的“安全港”制度，若经营者能够证明其在相关市场的市场份额低于一定标准，同时符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件，其与上游供应商或下游客户、经销商之间的安排或协议即使形式上构成垄断协议，也不会被禁止。在考虑到此类安排或者协议在商业上的广泛应用，“安全港”制度将给与经营者更多灵活空间，有助于降低经营者在反垄断合规上面临的不确定性，提升合规预期，同时也利于执法机关将有限的执法资源集中在对市场影响更大的领域。这也是修法中“宽”的体现。

（二）《反垄断法（2022）》下安全港的适用范围和条件

《反垄断法（2022）》并非我国在“安全港”规则制定层面的首次试水。2019年市场监管总局发布的《禁止垄断协议行为的规定（征求意见稿）》（《垄断协议意见稿》）第十四条明确了推定不具竞争损害的市场份额标准，但

¹ 2022年6月16日全国人大常委会法制工作委员会发言人记者会，请参见 <https://mp.weixin.qq.com/s/HqGyBVzHXmmwvPV0k7HUTA>。

最终《禁止垄断协议暂行规定》并未采纳该条款。此外，一些反垄断指南已在不同程度上尝试构建了“安全港”制度，例如《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》）第十三条专条规定了安全港规则。《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南》（《汽车指南》）第四条列举了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若干情形可推定豁免，该规定也曾被业内解读为对“安全港”制度的一定适用。

相较于不具有法律约束力的指南性文件，《反垄断（2022）》则从法律层面正式设立了在纵向垄断协议领域所适用的“安全港”制度，且不限于特定场景（例如知识产权授权）或是特定行业（汽车行业）。

此外，新法为“安全港”制度的适用设置了两个前提条件。首先，“市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准”。目前，《反垄断法（2022）》尚未明确“安全港”的具体市场份额标准，还待配套的指引或细则进行澄清。谨供参考，我们总结了此前反垄断执法机构已公布的文件中有关市场份额标准的内容：

文件名	横向垄断协议		纵向垄断协议	
	市场份额	适用范围	市场份额	适用范围
《反垄断法（2022）》	不适用	不适用	国务院反垄断执法机构规定	《反垄断（2022）》第十八条的纵向垄断协议
《垄断协议意见稿》（未生效）	合计不超过 15%	除固定 / 变更价格、限制产 / 销量、分割市场、限制新技术、联合抵制交易外的其他横向垄断协议	任一相关市场均不超过 25%	仅适用于纵向非价格垄断协议
《知产指南》	合计不超过 20%	除固定 / 变更价格、限制产 / 销量、分割市场、限制新技术、联合抵制交易外的其他横向垄断协议	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%	仅适用于纵向非价格垄断协议
《汽车指南》	不适用	不适用	在相关市场占有 30% 以下市场份额的经营者有可能被推定为不具有显著市场力量	纵向地域限制和客户限制若干情形

“安全港”适用的另一前提条件为“符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件”。何为“其他条件”在新法中同样未明确规定，有待国务院反垄断执法机构的进一步澄清与细化。值得注意的是，欧盟竞争法体系下包含多种豁免机制，其中根据欧盟委员会颁布的 De Minimis Notice，安全港规则的适用除了需要满足市场份额标准外，还需要满足：（1）协议本身不具备排除、限制竞争目的，且（2）不属于“核心卡特尔”。

“安全港”制度是我国反垄断积累多年实践经验后的重大突破，然而宽严相济，其适用仍受限于诸多前提条件。对于后续如何具体实施“安全港”制度、市场份额标准确定以及如何界定“其他条件”，我们期待反垄断执法机构的进一步指引。

二、经营者集中申报审查制度的突破与优化

（一）经营者集中审查正式建立“停表”制度

《反垄断法（2022）》在经营者集中审查程序中正式建立“停表”制度，并明确了具体适用情形——有以下情形之一的，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：（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，不经核实将导致审查工作无法进行；（3）需要对经营者集中附加的限制性条件进一步评估，且经营者提出中止请求。

根据此前的《反垄断法（2008）》以及《经营者集中审查暂行规定》的规定，经营者集中审查期限自立案之日起最长不超过 180 日。事实上，适用简易程序的申报案件一般可在上述审查时限内获得审批通过。而对于一些较为复杂的经营者集中案件，例如涉及复杂的竞争评估、需进行限制性条件磋商等适用普通程序的案件，或者提交申报后出现交易结构或者交易方发生重大变化等具有重大影响的新情况，180 日审查期限的设置常常捉襟见肘。受限于法定审查期限，反垄断执法机构往往会考虑采用“申报方撤回再重报”的方式以争取更多审查时间。特别是在附加限制性条件案件中，绝大部分申报方均曾在审查中申请撤回案件并再次申报，如 2021 年至今公布的 6 起附加限制性条件案件以及 1 起禁止案件，均经历了撤回重报，一些案件甚至需要先后两次撤回重报，历时超过 1 年。在此情形下，申报方重新提交申报后，审查期限会从头计算，整体的审查时间具有很大不确定性。

为优化经营者集中审查流程，新法在总结此前审查经验的基础上，正式引入“停表”制度，合理考虑审查复杂案件所需的一般审查时间并进一步规范审查程序。未来，在出现法定情形后，反垄断执法机构可启用“停表”制度，中止计算审查期限，待相关情形消除之日起再继续计算原有审查期限，提升预期。

从申报企业的角度来看，为了使得申报所需时间更为符合预期或是更为“可控”，减少反垄断执法机构按下“中止键”的次数，则需在申报材料准备阶段即尽可能完善资料要求，并加强与反垄断执法机构的沟通。因此，如所涉交易可能触发申报，我们建议公司尽早咨询反垄断律师，提高申报材料的专业性、完整性和效率性，避免因材料不完备等问题贻误整体交易进程。

（二）“未达到申报标准”？特定情形下交易方仍需审慎评估

早在 2008 年，我国反垄断执法机构对未达到申报标准的集中的主动调查权就出现在《国务院关于经营者集中申报标准的规定》（《申报标准》）中。而针对平台经济领域，2021 年 2 月发布的《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》（《平台指南》）则再次强调经营者集中未达到申报标准，但依据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，反垄断执法机构应当依法进行调查。

《反垄断法（2022）》首次明确将反垄断执法机构对未达到申报标准的集中的主动调查权上升到法律层面并进行了细化，即第二十六条中的规定：

- 对于“未达到申报标准，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”，该条第二款首先赋予了反垄断执法机构“要求经营者申报”的权限。
- 若经营者未按要求对未达到申报标准的交易进行申报，该条第三款赋予了执法机构主动依法调查的权限。

在总体适用的、基于营业额以及控制权变化的申报标准之上，《反垄断法（2022）》从制度上“查漏补缺”，进一步覆盖未达到申报标准但是具有或可能具有排除、限制竞争效果的交易，完善经营者集中审查监管体系。同时，主动调查的情形将不仅关注平台经济领域，而是全行业均覆盖适用。

未来，反垄断执法机构将如何具体适用主动调查的情形还待实际案例、相关细则指南等进一步探讨。然而，对于各行业从业者，参照《平台指南》中提示的情形，如集中涉及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情形，虽未达申报标准但还需审慎评估交易是否会被反垄断执法机构要求申报，并尽早咨询反垄断律师进行相关市场和竞争分析等角度的评估，以避免可能的调查影响交易进展。

（三）经营者集中审查资源配置逐步优化，审查效能提高、便利企业申报

《反垄断法（2022）》第三十七条首次明确提出，国务院反垄断执法机构应当健全经营者集中分类分级审查制度，依法加强对涉及国计民生等重要领域的经营者集中的审查，提高审查质量和效率。围绕可能的“重要领域”，我们注意到“民生”“金融”“科技”“媒体/传媒”曾多次被不同文件提及，如此前2021年10月公布的《修正草案》以及2022年4月发布的《中共中央国务院关于加快建设全国统一大市场的意见》。对于涉及国计民生的重要领域，由于关乎民生福祉，一方面经营者应加强自身在经营者集中等各方面的反垄断合规，而另一方面反垄断执法机构也将提高审查质量和效率，引导并鼓励相关行业的合规经营。

另外，我们注意到国家反垄断局于2022年6月8日公布的《中国反垄断执法年度报告（2021）》中亦提到“探索试点委托部分省级反垄断执法机构开展经营者集中审查。”

虽然目前相关制度的细则还未进一步公布，但是可以总体预期，我国经营者集中审查在不断探索和创新过程中会逐步优化审查资源配置，向提升审查效能、便利企业申报的方向不断发展。

三、处罚力度大幅提高，新旧法如何衔接

（一）增加经营者违法成本，督促经营者竞争合规

《反垄断法（2008）》的突出问题之一，在于许多罚则过轻，违法成本过低。《反垄断法（2022）》主要从以下方面加大处罚力度：

- 对于垄断协议加大处罚力度，并新增个人责任。明确在达成并实施垄断协议但上一年没有销售额的情形下，可处以五百万元以下的罚款；尚未实施垄断协议的，最高处罚金额从旧法的五十万元提高到新法的三百万元；对达成垄断协议负有个人责任的经营者法定代表人、主要负责人和直接责任人员，则可处以一百万元以下的罚款；²
- 提高未依法申报经营者集中的处罚力度（下文详述）。相较于旧法最高五十万元的罚款，新法对于可能具有排除、限制竞争效果的，最高处以上一年度销售额10%的罚款，对于不具有排除、限制竞争效果的，最高处以五百万元罚款；³

² 《反垄断法（2022）》第五十六条。

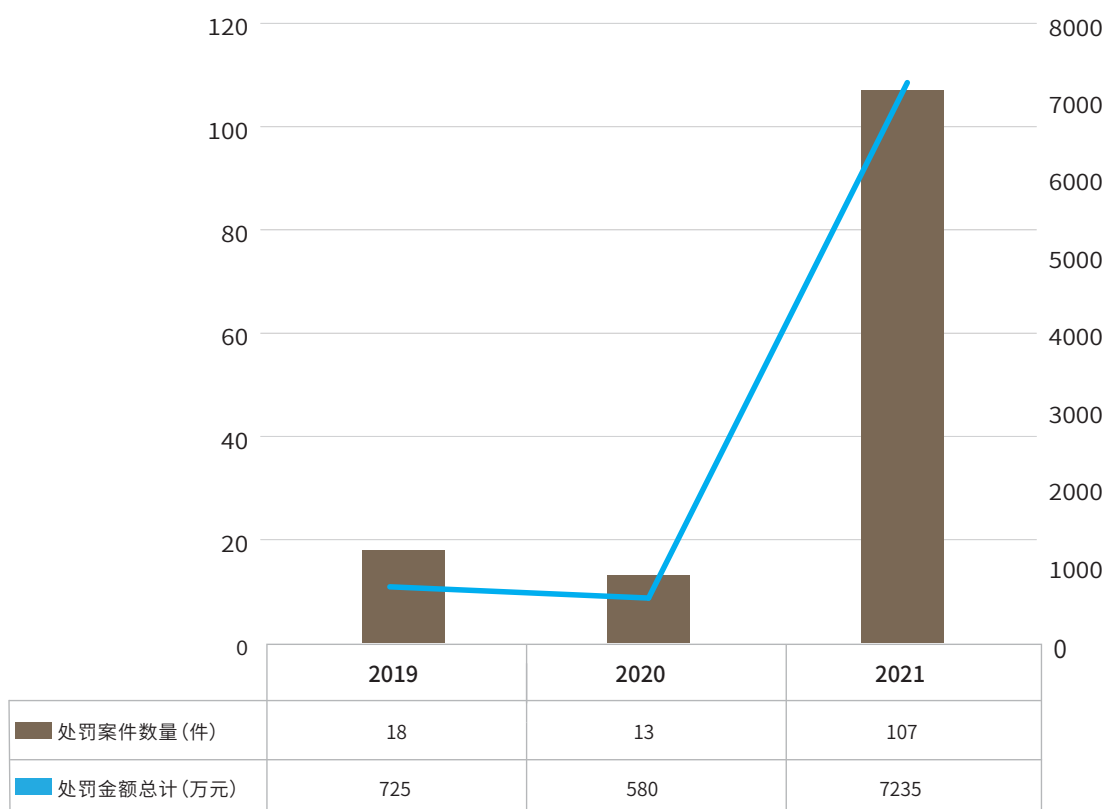
³ 《反垄断法（2022）》第五十八条。

- 提高拒不配合调查的处罚力度。相较于旧法对单位最高罚款一百万元、个人最高罚款十万元，新法对单位的罚款上限为上一年度销售额的 1%，没有销售额或难以计算的最高罚款五百万元，个人最高罚款五十万元；⁴
- 新增情节特别严重条款。对于违法行为情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的，执法机关可以基于一般情形下罚款数额的二至五倍之间确定具体罚款数额；⁵
- 新增信用记录条款。对于受到反垄断行政处罚的经营者，将按照国家有关规定记入信用记录，并向社会公示。⁶ 信用记录较差的企业可能会在申请行政许可和银行贷款、享受税收和土地政策优惠、接受行政机关抽查频率和参与招投标等方面受到不利影响。

（二）未依法申报的处罚力度大幅提高

从近年来处罚趋势分析，反垄断执法机构不断加强对于未依法申报案件的执法力度，包括提升处罚数量与处罚金额，着力于发挥警示震慑作用，有力强化市场主体合规意识。据历年《中国反垄断执法年度报告》显示，在处罚案件数量以及处罚金额上，2021 年的数据均达到历史的最高点，且绝大多数的案件均被处以 50 万元的顶格罚款。

2019-2021年未依法申报案件的处罚数量以及处罚金额总计



⁴ 《反垄断法（2022）》第六十二条。

⁵ 《反垄断法（2022）》第六十三条。

⁶ 《反垄断法（2022）》第六十四条。

《反垄断法（2022）》第五十八条则从制度更新上延续这一执法趋势，大幅提高违法实施经营者集中的惩罚力度，并依据案件情况不同区分处罚标准，促进精细化执法，具体而言：（1）对于具有或者可能具有排除、限制竞争效果的未依法申报案件，反垄断执法机构可责令停止实施集中、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；（2）对于不具有排除、限制竞争效果的，处五百万元以下的罚款。

新法从处罚金额的角度大幅增加了经营者的违法成本，对相关经营者具有强化警示震慑的效果。另一方面，这也进一步提升和维护了经营者集中审查制度权威，引导经营者在交易前更为主动地进行反垄断申报义务评估，如达到经营者集中申报标准的，即按规定进行申报，减少不合规风险。

《反垄断法（2022）》在处罚制度上开启新局面的同时，如何准确解读新制度并在实操中适用，还存在部分细节待反垄断执法机构的进一步引导、澄清，例如：

- 对于具有或者可能具有排除、限制竞争效果的未依法申报案件，“销售额”的具体内涵还有待细则或执法案件明确，例如是限于经营者的国内总销售额，还是扩展到全球总销售额；是仅考虑经营者在相关市场中销售相关产品/服务的销售额，还是扩展到企业的总销售额；是只罚涉案经营者的总销售额，还是上升至整个集团层面。
- 对于不具有排除、限制竞争效果的未依法申报案件，在顶格五百万元的处罚幅度下，确定具体处罚数额是否有相应的抓手点，比如是否将考虑经营者的市场份额、调查的配合程度等因素。

（三）新旧法的衔接——如何理解从旧从轻

如前所述，《反垄断法（2022）》将违法行为的法律责任大幅提高。对于反垄断违法行为发生于新法实施之前，新法实施后被立案调查的，经营者能否主张按照旧法处罚，对于不同情况，我们分别作出分析，以供参考。

（1）反垄断违法行为发生于新法实施之前，且在新法实施之前结束，经营者或可主张按照旧法处罚。

《中华人民共和国行政处罚法（2021 修订）》第三十七条规定：“实施行政处罚，适用违法行为发生时的法律、法规、规章的规定。但是，作出行政处罚决定时，法律、法规、规章已被修改或者废止，且新的规定处罚较轻或者不认为是违法的，适用新的规定。”因此，对于已经在新法实施之前结束的违法行为，根据从旧兼从轻的原则，经营者或可主张按照旧法处罚。

需要特别提醒的是，经营者应当保存好违法行为已在新法实施前结束的证据，如整改完成报告等，以便更好地向执法机构证明相关违法行为确实已在新法实施前结束。

（2）反垄断违法行为发生于新法实施之前，但持续至新法实施之后，经营者或难以主张按照旧法处罚。

最高人民法院曾在回复生态环境部关于新旧法律之间适用问题时，提出“行政相对人的行为发生在新法施行以前”是指“行政相对人的行为终了之日发生在新法施行之前。”⁷但截至目前，反垄断执法机构尚未就如何正确理解“违法行为发生时点”给出明确的官方指导。基于过往实践经验，我们列举以下可能被反垄断执法机构认定为“违法行为连续”的情形，谨供后续探讨：

⁷ 生态环境部《关于“未验先投”违法行为行政处罚新旧法律规范衔接适用问题的意见》。

- 在新法实施前，竞争对手之间达成固定价格、划分市场、联合抵制等协议，新法实施后仍未解除的，对达成垄断协议负有个人责任的经营者法定代表人、主要负责人和直接责任人员是否会承担个人责任？
- 在新法实施前，经营者限制下游经销商的转售价格，新法实施后仍未解除的，是否仍然认为是违法行为，以及如何承担法律责任？
- 在新法实施前，经营者通过收购股权或协议约定取得目标公司控制权，或新设合营企业，未依法进行申报且在新法实施之后继续保留控制权的，如何承担法律责任？

四、规制数字经济领域，禁止利用新手段实施垄断行为

关于平台经济领域反垄断问题，《反垄断法（2022）》根据平台经济领域的竞争方式和特点，不仅首次将平台经济领域的反垄断规制从指南上升到法律层面，在总则中规定“经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事本法禁止的垄断行为”，亦在滥用市场支配地位一章中专款规定具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事滥用市场支配地位的行为。

从滥用市场支配地位的角度来说，由于平台经济领域的竞争方式和特点，相关滥用行为往往通过技术手段实现，行为隐蔽且难以界定。在新法下，执法机构可以直接援引滥用市场支配地位章节中新增条款。从反垄断合规的角度来说，此条款也对经营者提出了更高的要求，部分利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等的行为也产生了更直接的反垄断法律风险，例如：

- 在视频 / 直播平台领域，经营者通过算法优先在平台首页推荐自有网红孵化机构（MCN 机构）签约的视频媒体制作者；或者利用平台规则，以更多的流量曝光为条件要求视频媒体制作者只能签约自有 MCN 机构；
- 在网约车平台领域，经营者利用平台规则和算法，优先推荐自有运力而非第三方运力的网约车，或没有正当理由对签约多家网约车平台的网约车主设定不合理数量的接取自有平台订单要求；
- 在搜索引擎业务领域，经营者利用数据和算法，优先推荐通过自有广告投放公司投放的广告，或没有正当理由为通过自有广告投放公司投放的广告提供更好的精准投送服务；或者利用资本优势，以低于广告投放服务的成本但不低于整体成本的价格，向广告主捆绑销售广告投放服务和搜索排序优先服务等。

对于何为利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等，《平台指南》对其进行了细化的说明。例如，《平台指南》第六条指出具有竞争关系的平台经济领域经营者之间可能利用平台收集敏感信息、利用算法协调一致等；第七条指出平台经济领域经营者与交易相对人可能利用算法或平台规则设定价格等；第十四条至十七条指出具有市场支配地位的平台经济领域经营者可能通过限流、“二选一”、大数据差别待遇等方式滥用市场支配地位。⁸

最后需要强调的是，在构建全国大市场的过程中，平台经济的作用不可低估，反垄断也毫无疑问需要在法治框架内进行，离不开宽严相济。《反垄断法》并非“一刀切”地限制平台经济企业。在《修正草案》中，相关措辞曾表述为“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”，业界对《修正草案》中“何为滥用”存在巨大争议。而在《反垄断法（2022）》中，相关表述已调整为“经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以

⁸ 对于经营者如何在《平台指南》下开展反垄断合规工作，请参见《平台经济领域反垄断合规新动向》（发表于 2021 年 4 月 12 日，<https://mp.weixin.qq.com/s/JER8HZkbel24B-ma68n6oqA>）和《知微见著平台领域反垄断规制的趋势》（发表于 2021 年 10 月 19 日，<https://mp.weixin.qq.com/s/5LjPkLbnG-Y3c-D4vMIN3w>）两篇专题文章。

及平台规则等从事本法禁止的垄断行为”。这一修改，将缺乏明确定义的“滥用”限缩在法律规定的具体垄断行为之内，为经营者提升了可预见性。

五、组织者或者提供实质性帮助者面临违法责任

（一）为规制垄断协议的“组织者”和“帮助者”提供了有力抓手

《反垄断法（2022）》第十九条明确提出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。在《反垄断法（2008）》下，执法机构在规制垄断协议的“组织者”和“帮助者”时面临《反垄断法（2008）》第十三、十四条“具有竞争关系的经营者”和“交易相对人”的约束。《反垄断法（2022）》第十九条则将组织或者帮助达成垄断协议作为单独的违法行为，从法律层面为反垄断执法机构处罚此类组织和帮助行为提供了有力抓手。

（二）可能的适用场景探讨

目前，《反垄断法（2022）》第十九条并未明确定义“组织”或者“提供实质性帮助”。根据实务经验，该条款可能适用于规制在轴辐协议中起到组织作用的轴心、卡特尔管理平台等主体。

- 轴辐协议

不同于横向或纵向垄断协议仅在同一领域或同一产业链上下游存在，在轴辐协议体系下，经营者之间的关系往往如同自行车的轴心（hub）和辐条（spokes），位于轴心的经营者与其下游的多个轮缘经营者会签订纵向协议，而轮缘经营者则会以轴心经营者为纽带，在事实上形成横向协议，从而达到排除、限制竞争的效果。所以，轴心作为轴辐协议组织者的角色也会面临《反垄断法（2022）》第十九条的规制。

- 卡特尔管理平台

卡特尔组织具有天然的不稳定性，必须具有自我纠正机制才能长久地运行。一个稳定的卡特尔组织必须要在其成员对生产、销售水平（例如价格、数量、市场划分等）达成协议并遵守该协定的基础上形成。考虑到卡特尔的不稳定性，试图实施共谋的企业往往会通过管理平台协调、管理和监督卡特尔组织内成员的生产和销售行为。基于上述情形，管理平台则可能会被反垄断执法机构认定为“为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助”，故可能受到《反垄断法（2022）》第十九条的规制。

六、破除地方保护，公平竞争审查正式立法

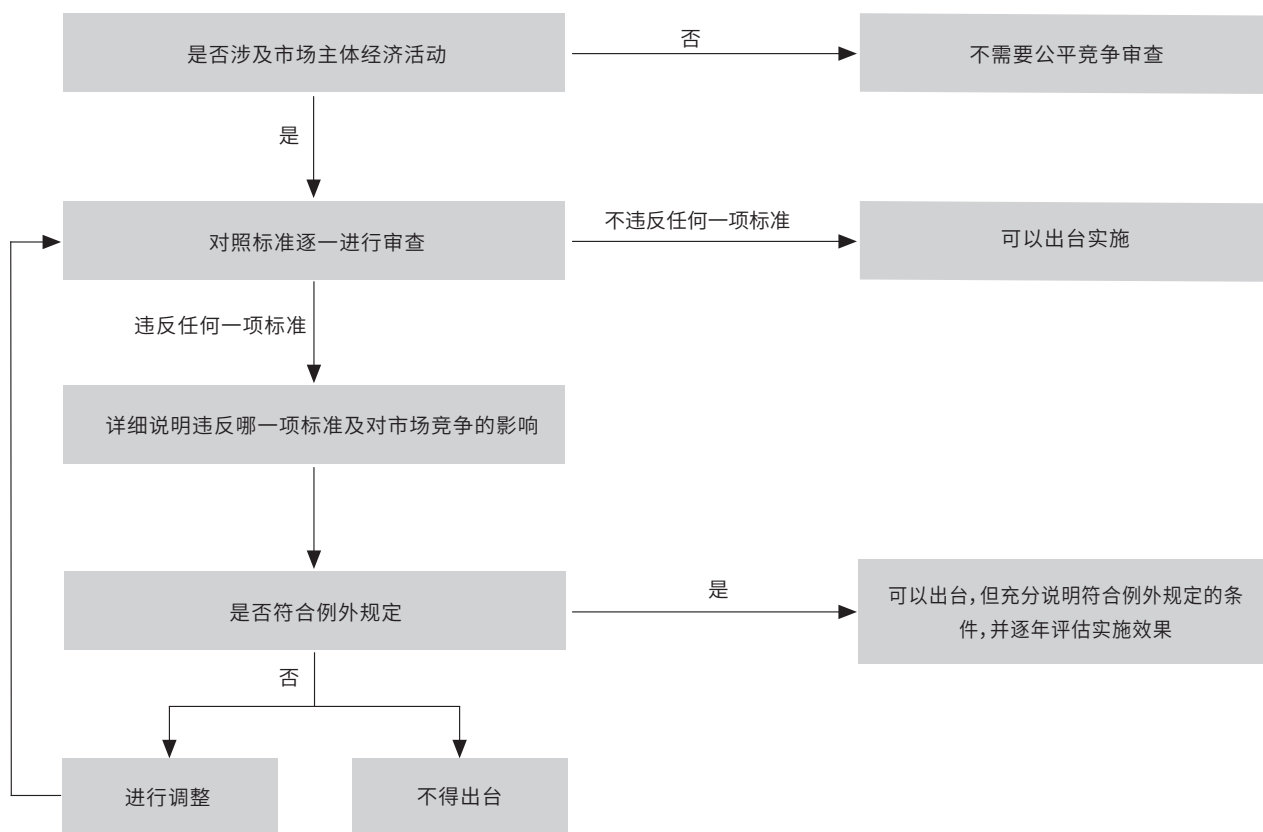
（一）公平竞争审查

如果说企业实施的垄断行为在不同经济学理论中尚存在一定争议，那么行政垄断几乎“一边倒”地被认为损害市场竞争。公平竞争审查是针对行政机关以及法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织等政策制定机关的反垄断审查。当政策制定机关制定涉及市场主体经济活动的政策措施时，需要进行公平竞争审查，以评估该政策对市场竞争的影响。如政策存在排除、限制竞争效果且不符合例外规定，则不予出台或者调整至符合相关要求后出台。作为一种

事前审查机制，公平竞争审查对预防行政垄断有着至关重要的作用。

我国公平竞争审查制度的建立可以追溯到 2016 年发布的《国务院关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》（《意见》）。在《意见》的基础上，市场监督管理总局进一步出台《公平竞争审查制度实施细则（暂行）》，地方监管机关也陆续发布指导文件，以规范审查流程、促进制度落地。此外，在当前“加快建设全国统一大市场，畅通全国大循环”的背景下，公平竞争审查尤为重要。建设全国统一大市场旨在加强商品要素在全国市场范围内流通，因此破除地方保护政策、规范不正当的市场干预行为成为“全国统一大市场”的题中应有之义。当前国内尚未建立统一的市场，各地标准、门槛、规则均不相同，给经济的国内循环制造了人为障碍，使企业无法在全国不同市场做到无缝衔接。⁹通过公平竞争审查将关口前移，可以将大部分行政垄断防范于萌芽状态，从而打破地方保护和市场分割。¹⁰《反垄断法（2022）》在总则部分提出“国家建立健全公平竞争审查制度”，并明确了公平竞争审查的适用要求，即“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在制定涉及市场主体经济活动的规定时，应当进行公平竞争审查。”《反垄断法（2022）》之规定与此前各类公平竞争审查规章制度一脉相承，并将该制度提升至法律的高度。《反垄断法（2022）》对公平竞争审查作出原则性规定，而 2021 年出台的《公平竞争审查制度实施细则》（《细则》）则对具体的审查主体、机制、流程、标准等进行了全面说明。¹¹

从审查机制上看，公平竞争审查的具体流程如下图所示：¹²



⁹ 参见《加快建设全国统一大市场 畅通全国大循环》，载自中华人民共和国国家发展和改革委员会官网，链接：https://www.ndrc.gov.cn/wsdwhfz/202204/t20220422_1322696.html?code=&state=123。

¹⁰ 参见张光远：《公平竞争审查与建设全国统一大市场》，《价格理论与实践》2022 年 6 月 22 日。

¹¹ 对于已有制度的解读，请参见我们此前的文章《破除行政垄断，怎么破？》（发表于 2019 年 2 月 20 日，<https://mp.weixin.qq.com/s/20S97uSlzmWk2MFBdkVK7g>）。

¹² 参见《公平竞争审查制度实施细则》附件 1：公平竞争审查基本流程。

（二）欧盟白皮书的影响

政府的政策倾斜和资金支持是公平竞争审查的重点，尤其是部分“一事一议”的政策措施可能直接针对特定企业，使其获得不正当的竞争优势。

公平竞争审查的意义并不限于国内。欧盟委员会几年前开始尝试在竞争法层面开展针对外国政府补贴问题的“长臂管辖”，并于2020年发布了《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¹³。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》（《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市场扭曲，以恢复欧盟内部市场的公平竞争环境。根据《外国补贴法》，如果企业获得的补贴是由第三国政府直接或间接提供，并使该企业在欧盟获得竞争优势，且补贴仅针对特定企业/行业，则此类补贴可能被认定为“外国补贴”。

对于获得“外国补贴”的非欧盟企业，如果在欧盟国家进行投资并购、开展业务、参与政府招标，则将受制于一系列企业申报要求，欧盟委员会将有权主动启动审查、责令禁止交易或要求这些外国企业采取救济措施。

在中资企业出海的大背景下，如《外国补贴法》生效，我国政府对企业的善意政策扶持或成为这些企业出海过程中的“枷锁”。虽然当前《外国补贴法》距离生效还有一段距离，但国内行政机关以及其他政策制定机关在出台各类政策时，须秉持竞争中立的态度，防止出于善意却阻碍了企业出海的情况出现。

结语

中国《反垄断法》的新修紧跟时代变化发展的浪潮，也是全球反垄断执法机构加速出台新政背景下的中国方案。在十余年来的反垄断实践中，社会各界都积累了大量问题，许多在本次修法中尚未完全给出答案。当前国民经济增长持续承压，本次修法旨在落实党中央有关决策部署，坚持问题导向和目标导向，解决反垄断执法实践中的突出问题。相信随着未来不断出台的配套法律法规和规范性文件，发展中出现的问题会在发展中得到解决。

感谢实习生赵飞燕对本文作出的贡献。

¹³ 请参见我们此前的文章《欧盟补贴白皮书介绍和分析——收购、投资欧盟公司将面临的挑战》（发表于2020年7月17日，<https://mp.weixin.qq.com/s/sYh5Z5FvCKil5qCk-5R42mw>）。

反垄断系列新规解析——申报标准调整，宽还是严？

宁宣凤 柴志峰 张若寒 张天杰 王叶 张英伦

2022年6月24日，全国人民代表大会常务委员会正式通过关于修改《中华人民共和国反垄断法》的决定（《反垄断法（2022）》或“新法”），并明确新法将于2022年8月1日起施行。至此，我国《反垄断法》自2008年实施后完成首次大修。

近日，与《反垄断法（2022）》相关的6部配套规定又旋即在国家市场监督管理总局（市场监管总局）官网上公布征求意见稿，公开向社会征求意见。从新法颁布，到配套规定公开征求意见，前后可谓一气呵成，颇有“平地一声雷，惊起千层浪”之意。本文将主要针对《经营者集中审查规定（征求意见稿）》（《审查规定》），以及《经营者集中申报标准的规定（修订草案征求意见稿）》（《申报标准的规定》）进行解读。

一、申报营业额标准和处罚标准双提高

自2008年相关规定出台以来，经营者集中申报的营业额标准连续14年没有调整。然而随着经济的发展，中国企业不断在全球贸易中发挥更重要的作用，整体上企业的营收能力不断提升；同时鉴于新法出台后，违法行为的法律后果大幅提高，企业的合规意识不断增强，主动进行申报的经营者比例也会提高。此时，原有的营业额标准已经无法再很好地筛选有必要进行经营者集中审查的交易，也难以与执法资源相匹配。在此背景下，《申报标准的规定》首次提高了经营者集中申报的营业额标准，具体而言：单个经营者的营业额标准从4亿提高到8亿元人民币，而所有参与集中的经营者的合计营业额也从中国境内的20亿提高到40亿元人民币，全球范围的100亿提高到120亿元人民币。

对经营者集中申报标准的定期调整也并非罕见。例如，美国联邦贸易委员会不时调整经营者集中的申报标准，以便与当年的经济情况相匹配。我国本次对经营者集中申报标准的调整，也符合经济发展趋势和经营者集中申报审查的规律。合理预见，未来一段时间内，在构成经营者集中的交易中，触发我国申报标准的交易比例将有所下降。

尽管《申报标准的规定》提高了申报营业额标准，但对于具有申报义务的经营者集中而言，未依法申报的处罚标准大幅提高。具体而言，相较于先前最高罚款50万元人民币的规定，新法对于可能具有排除、限制竞争效果的，最高处以上一年度营业额10%的罚款；对于不具有排除、限制竞争效果的，最高处以500万元人民币罚款。如果被认定为情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的，上述罚款还可以最高浮动到营业额的50%或2500万元人民币。此外，新法还规定受到处罚的企业将被记入信用记录并向社会公示，而不良的失信记录可能会对企业在申请行政许可

和银行贷款、享受税收和土地政策优惠、接受行政机关抽查频率和参与招投标等方面产生不利影响。

申报营业额标准和处罚标准双提高，既体现立法和执法机构抓大放小的目的，又显著震慑和督促具有申报义务的经营者的申报交易。

二、千亿级企业集团的额外申报义务

除了上述通用的申报标准，针对大型集团收购营业额较低但市场价值较高的企业，出台了新的申报标准。具体而言，当交易中一方经营者上一会计年度中国境内营业额超过 1000 亿元人民币，而合并方或目标公司的市值 / 估值不低于 8 亿元人民币，且其上一会计年度中国境内营业额占全球营业额三分之一以上时，该交易也需要进行经营者集中申报。

通常情况下，企业的市值或估值需要该轮交易中的每一方共同确认，会直接关系到交易金额，可以体现市场对该企业价值的认可。因此，即使目标公司的营业额未达到申报标准，但只要其价值被市场认可，且在中国境内有较大比重的营业额，一旦被营业额超千亿的大型集团收购，对市场竞争的影响不亚于其他传统的经营者集中。全球范围内反垄断执法机构对于收购初创企业的“猎杀式并购”的关注和警惕，即出于此。为了保护市场创新活力，《申报标准的规定》也选择专门针对此类交易单独设定申报标准。对于营业额超千亿的大型集团而言，无论行业属性如何，未来每一次收并购交易都需要单独评估该申报标准。

三、未达营业额申报标准的，仍有可能需要申报

对于未达到营业额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，《审查规定》和《申报标准的规定》并未对现行规定有所突破，而是对于程序性事项加以明确。现行规定要求“应当依法进行调查”，两部征求意见稿则规定“可以要求经营者申报”以及“书面通知经营者”。

就申报的具体程序而言，对于集中已经实施的，市场监管总局可以要求经营者在 180 天内补报，该时限从市场监管总局书面通知经营者开始起算，且市场监管总局可以要求经营者停止实施集中或者采取其他必要措施，客观上不受追诉期限的影响。而对于集中尚未实施的，经营者在未申报或申报后未获得批准之前，不得实施集中。

因此，在收购初创企业时，在交易伊始就应当充分分析交易是否可能具有排除、限制竞争效果；充分权衡是否需要进行经营者集中申报；充分考量事前不申报事后被追究可能造成的商业和法律后果，必要时应咨询外部反垄断律师，否则将对后续商业活动的运作及开展“埋雷”，以至于“养痍贻患”。

四、建立健全分类分级审查制度

《审查规定》新增第六条：“市场监管总局应当健全经营者集中分类分级审查制度，……可以针对涉及国计民生等重要领域的经营者集中，制定具体的审查办法。”据悉，为节省交易方交易时间，提高案件审案效率和质量，反垄断执法机构正在积极建设并试点分类分级审查制度，对于不同类型、不同复杂程度的案件给予不同的审查方式或关注度，部分不具有竞争问题的经营者集中简易案件将委托试点省级市场监管部门负责审查。该分类分级审查试点工作旨在全面提升办案质量和效率；随着执法力量的扩充，对于不具有竞争关注的简易案件，未来审查时限有望进一步缩短。

五、明确典型控制权事项，新增共同控制的概念

在本次征求意见稿中，《审查规定》再次把2017年发布的《经营者集中审查办法（修订草案征求意见稿）》中有关控制权的内容重新纳入其中。具体而言，《审查规定》进一步明确，取得控制权或者施加决定性影响的情形应当考虑经营者直接或间接持有其他经营者的表决权或类似权益的情况，以及对其他经营者高级管理人员任免、财务预算、经营计划等经营决策和管理的影响，此处提及的高管任免、财务预算以及经营计划也正是通常所理解的典型控制权事项，经营者拥有对于该等事项的否决权会被认定为“取得控制权”。《审查规定》同样重新将“共同控制”的概念再次纳入并作为新增条款，即两个以上经营者均拥有对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响的，构成对其他经营者的共同控制。

此外，就取得控制权或者施加决定性影响所应当考虑的因素，《审查规定》进行了表述上的调整，将“其他经营者股东大会的表决事项及其表决机制”修改为“其他经营者股东会等权力机构的表决事项及其表决机制”，以及将“其他经营者董事会或者监事会的组成及其表决机制”修改为“其他经营者董事会等决策或执行机构的组成及其表决机制”，这里一方面是同《公司法（修订草案）》的相关内容保持一致，另一方面也是为了适应实践中经常在股东会和董事会之外通过设立“经营协调委员会”等其他机构取得控制权的情形，场景更加明确。

六、细化中止审查期限的具体情形

《反垄断法（2022）》第三十二条正式确立经营者集中审查的“停钟”制度，规定了三种可以中止计算经营者集中审查期限的情形：（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，不核实将导致审查工作无法进行；（三）需要对经营者集中附加的限制性条件进一步评估，且经营者提出中止请求。

与新法规定相呼应，《审查规定》第二十三条、第二十四条和第二十五条分别对上述三种中止审查期限的具体情形予以细化：

- 针对第一款规定，根据我们的理解，反垄断执法机构在审查申报时出具补充问题清单可能并不必然导致“停钟”，反而是申报义务人或其他交易方未能在规定期限以及延长补正期限内提交文件、资料的，市场监管机构可以做出中止计算审查期限的决定。这一规定与欧盟类似，“停钟”的触发情形之一是申报方无法按时提供欧盟委员会要求的信息或材料¹。另外，我们进一步理解，该款规定对简易案件审查时限的影响有限。根据我们的申报经验，在正式受理之前，反垄断执法机构就会对申报材料已进行实质性审查，并要求申报义务人或其他交易方补充相关文件、资料。在正式受理之后，大多数简易案件后补充信息要求较少，因此，“停钟”对于简易案件的审查时限影响有限。对于普通程序案件而言，部分复杂案件中，虽不产生竞争关注，但可能在正式受理后仍有多轮补充信息要求。对于此类案件，对申报方而言，为避免审查期限的中止，在申报材料准备中，就需要尽可能保证材料的完整和及时性；在审查过程中，及时、完整答复市场监管总局提出的一轮或多轮补充问题，避免因无法及时提供补充材料导致的“停钟”，进而耽搁交易进程。
- 针对第二款规定，根据《审查规定》，申报义务人在申报文件、资料中提交的事实出现重大变化，或者出现申报义务人知情或应当知情的其他新情况、新事实，对审查具有重大影响的，应当主动向市场监管总局报告，并补充提交文件、资料。实践中，申报过程中出现新情况、新事实并不常见，例如交易主体、交易架构的变化、

¹ See 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.

目标公司进行新的并购交易等。在当前的审查机制下，出现此情形，申报方可能需撤回重新申报。而中止制度落地后，申报方将无需撤回申报，待补充文件、资料后，审查期限可以继续计算。相比于撤回重新申报，审查时限可在一定程度上缩减，且更具有可预期性。

- 针对第三款规定，《审查规定》明确，在市场监管总局通知经营者需要对附加限制性条件进一步评估的，经营者可以提出中止计算审查期限的请求。市场监管总局认为确有必要的，应当同意中止请求并作出中止计算审查期限的决定。市场监管总局完成评估并将评估结果通知申报义务人的，应当作出继续计算审查期限的决定。实践中，在附加限制性条件的案件中，经营者需要就救济措施或承诺与市场监管总局反复磋商沟通，受审限影响往往需要撤回重报。因此，该条款引入后，有望提高附条件案件的审查效率，减少程序性工作，为交易方带来更多的可预期性。

七、新增实施集中的概念，解决多年争议问题

在《审查规定》之前，虽然法律规定经营者集中达到申报标准的，未申报不得实施集中，但对于交易中哪些环节被视为“实施集中”没有明确的规定。以收购股权交易为例，交易通常包括尽职调查、签订投资协议、支付价款、委派高级管理人员、变更工商登记等多个环节。虽然经营者有时会在协议中对交割和交割前需完成的环节进行约定，但相关约定与反垄断法下的“实施集中”有时存在差异。实践中，通常认为变更工商登记属于实施集中的明显标识，而向目标公司委派高级管理人员或向目标公司支付一定比例的价款等，则根据实际情况可能存在“抢跑”嫌疑。尽管如此，对于交易中的各个环节何为实施集中，在实践中一直缺乏定论。

此次《审查规定》第五十五条第三款增加了对“实施集中”的定义，首次解决了实践中多年来缺乏统一判断标准的问题。具体而言，实施集中是指取得对其他经营者的控制权、或者对其施加决定性影响的行为，包括但不限于完成股东或者权利变更登记、委派高级管理人员、实际参与经营决策和管理、与其他经营者交换敏感信息、实质性整合业务等。因此，参与集中的经营者应当避免在未通过经营者集中审查前实施上述行为，以免被认定为未依法申报的经营者集中，进而面临严重的法律后果。

需要强调的是，上述概念在实践中仍然存在争议，比如委派没有决策权的高级观察员是否属于委派高管，有权以某种形式阻碍严重贬损公司价值的决策是否构成参与决策，为尽调目的收集信息是否属于交换敏感信息等。以上问题在《审查规定》中并未明文界定，实践中需要格外谨慎。

八、明确“上一会计年度”具体起算日期

经营者集中申报的营业额标准是相关参与集中的经营者“上一会计年度”内销售产品或提供服务所获得的收入（扣除相关税金及附加）。根据《审查规定》第八条，“上一会计年度”是指集中协议签署之日的上一会计年度，明确了“上一会计年度”的起算日期。如果实践中出现集中协议签署日和交割日跨年的情况，根据《审查规定》，则是依据集中协议签署日的上一会计年度评估营业额。

当前实践中，在实际处理未依法申报的经营者集中时，如果集中协议签署日和交割日处于不同年份，反垄断执法机构会参照交易交割之日/实施集中之日来确定上一会计年度营业额，与上述规定存在不同。我们理解审查未依法申报的经营者集中重点是审查交易方是否存在违法行为，而此时认定是否构成违法行为的重要因素之一则是判断交易是

否已实施交割。所以，以交割之日为准评估上一会计年度营业额是否达到申报标准具有一定的理由。这也可能是《审查规定》第六十五条，在处理违法实施经营者集中处以罚款时，仍然以违法实施集中行为发生之日起算上一会计年度的原因。

如果签署协议之日上一会计年度营业额接近但不足申报标准，而交易周期较长，导致跨年度后才予交割，此时需要以交割前的上一会计年度营业额为准重新评估是否满足申报标准。这主要是考虑到目前的《审查规定》并未明确跨年度交割营业额满足标准如何处理，且未依法申报的处罚金额大幅提升。

九、更加关注经营者集中对“创新”的影响

《反垄断法（2022）》第一条开宗明义地提出立法目的之一在于鼓励创新。此次《经营者集中审查规定（征求意见稿）》中也多处提及“创新”，例如第14条、第30条，与《反垄断法（2022）》第一条形成相互呼应。

从立法释放的信号看，在后续的经营者集中审查过程中，执法机构会更加重视对于创新因素的考察。根据我们的实务经验，以及对此前反垄断执法机构公开的附条件案例的梳理，反垄断执法机构此前对于创新的讨论主要集中于考察交易是否阻碍了技术进步，不利于知识产权许可，以及降低经营者创新动力从而可能产生排除、限制竞争的不利影响，涉及的领域主要包括无线通信技术、医药领域等高新技术产业。未来反垄断执法机构对“创新”因素的考量很有可能更广泛地反映在经营者集中审查的不同环节，这也提示企业，尤其对于一些新兴业态的经营者而言，后续进行经营者集中申报，应当注重说明集中对创新可能产生的影响。

此外，未来反垄断执法机构或将进一步加强对于“未达到申报标准，但具有或者可能具有排除、限制竞争效果”的经营者集中的审查。对于“创新”影响的关注要求经营者还可以结合交易对创新的影响程度来评估交易产生排除、限制竞争的可能性。因此，不同案件下对“创新”的影响可能在一定程度上增加了未达申报标准的交易是否需要经营者集中申报的不确定性。

结语

反垄断法 2.0 的时代已然来临，然而新法之下，尚须诸多“土壤”和“细流”，方可成就反垄断立法体系的“高山”与“大海”。牵一发而动全身，配套规定的修订自然也是新法出台下的应有之义，我们将继续关注其他征求意见稿的亮点与新意。

感谢实习生马骁、王盈盈对本文作出的贡献。

顺时而为——双重强监管背景下，企业需关注的反垄断申报问题及“避雷”指南

宁宣凤 张明远 柴志峰 张倩 王叶 陆文熙

前言

2020年底以来，中央持续发出加强反垄断监管的信号。在此背景下，反垄断各领域的执法也在如火如荼地开展。在反垄断申报方面，2020年底以来，反垄断执法机构对于未依法申报违法实施经营者集中展开了密集执法。仅在2021年，反垄断执法机构就公布了94起未依法申报的处罚案件。涉案企业涵盖范围广，包括国企、民企、外资企业和外国企业，其中既有上市公司，也有非上市公司。

另一方面，中国证券监督管理委员会（证监会）联合司法部、中华全国律师协会于2022年1月28日发布了《监管规则适用指引—法律类第2号：律师事务所从事首次公开发行股票并上市法律业务执业细则》（《执业细则》），首次明确提出律师在从事首次公开发行股票并上市法律业务过程中，对发行人进行反垄断合规核查的要求¹，该《执业细则》于2022年2月27日起实施。

在此双重强监管的形势下，企业在开展投资并购活动时，该如何破除传统认知上的误区，正确判断拟议交易中的反垄断申报义务，准确识别历史交易未依法申报风险，以及采取哪些风险减损措施等问题变得尤为重要。我们仅以此文简要介绍证券市场的反垄断核查要求并梳理企业在交易中常见的反垄断申报相关问题，以帮助企业对反垄断申报形成更为清晰的认识和理解。

一、证券市场反垄断合规性的核查要求及监管趋势

（一）证券市场法规的明确要求

早在2008年《上市公司重大资产重组管理办法》出台时，证监会就开始在上市公司重大资产重组项目中对重组交易的反垄断合规性予以关注，明确将上市公司符合反垄断法律和行政法规的规定列为实施重大资产重组的先决条件之一（第十条：上市公司实施重大资产重组，应当符合下列要求：（一）符合国家产业政策和有关环境保护、土地管理、反垄断等法律和行政法规的规定），并在2014年修订法规时进一步要求上市公司及中介机构就此作出充分说明及披露（第十一条：上市公司实施重大资产重组，应当就本次交易符合下列要求作出充分说明，并予以披露：（一）符合国家产业政策和有关环境保护、土地管理、反垄断等法律和行政法规的规定）。

此后，监管机构对反垄断合规的核查要求从重组项目延伸至退市公司申请重新上市项目。上海证券交易所（上交所）及深圳证券交易所（深交所）2012年发布及此后修订的相关退市公司重新上市办法中，均明确包含了关于要求中介机构对公司是否符合反垄断法律、行政法规的有关规定发表意见的表述。虽然该等规定已被两大交易所在2022年1月发布的股票上市规则所废止，且删除了相关表述，但结合近期出台的《执业细则》，我们理解中介机

¹ 第二十六条 律师应当按照中国证监会、证券交易所相关规定要求，查验发行人已经完成或者拟进行的收购或出售资产、资产置换、资产剥离等行为是否符合法律法规的规定，具体查验内容包括：（一）上述行为是否按照法律法规及公司章程的规定履行内部决策程序，是否需要取得国有资产管理部门、外商投资管理部门、反垄断主管部门等有关部门的批准或者备案；……

构对公司反垄断合规性的核查，仍是从事退市公司重新上市业务中的一项工作。

除此之外，《执业细则》的出台，同样也标志着监管机构对于该等事项的核查要求已进一步延伸至 IPO 项目。

（二）监管机构在 IPO 项目中的审核关注

《执业细则》出台前，监管机构在 IPO 项目中对反垄断合规性的审核关注其实早已有所预兆：

1. 某创业板 IPO 项目

深交所第三轮问询函中对发行人在平台经济领域的反垄断合规事项予以关注，要求上市公司、保荐人及律师核查并说明：“（1）说明发行人是否属于《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》规定的‘平台经营者’及判断依据，如属于，请说明是否符合相关规定。

（2）结合《指南》相关规定……说明发行人在经营过程中是否存在《平台经济领域反垄断指南》所涉相关行为，包括但不限于达成或实施垄断协议、滥用市场支配地位、实施具有或可能具有排除、限制竞争效果的集中等情形。”

2. 某公司创业板 IPO 项目

深交所审核过程中对发行人报告期内历次资产重组行为的反垄断合规予以关注，要求发行人、保荐人及律师核查并说明：“发行人报告期内历次资产重组的行为是否存在违反反不正当竞争法、反垄断法相关规定的情形，对本次发行上市是否构成法律障碍。”

（三）监管机构在再融资项目中的审核关注

除 IPO 项目外，监管机构在审核再融资项目时，亦对相关事项（尤其在平台经济领域）给予了一定关注：

1. 深交所创业板某公司非公开发行项目

深交所问询函中，对上市公司是否属于平台经济领域经营者及反垄断合规情况予以关注，要求上市公司及保

荐人核查并补充说明：“（3）是否提供、参与或与客户共同运营网站、APP 等互联网平台业务，是否属于《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《反垄断指南》）中规定的‘平台经济领域经营者’，公司行业竞争状况是否公平有序、合法合规，是否存在垄断协议、限制竞争、滥用市场支配地位等不正当竞争情形，并对照国家反垄断相关规定，说明公司是否存在达到申报标准的经营者集中情形以及履行申报义务；（4）本次募投项目是否存在上述情况。”

2. 深交所创业板某公司公开发行可转债项目

深交所问询函中对上市公司的反垄断合规性予以关注，并要求中介机构出具专项核查报告：“请发行人补充说明：（2）发行人……是否属于《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《反垄断指南》）中规定的‘平台经济领域经营者’，发行人行业竞争状况是否公平有序、合法合规，是否存在垄断协议、限制竞争、滥用市场支配地位等不正当竞争情形，并对照国家反垄断相关规定，发行人是否存在达到申报标准的经营者集中情形以及是否履行申报义务；请保荐人、发行人律师核查并发表明确意见，并对发行人是否未违反《反垄断指南》等相关文件规定出具专项核查报告。”

3. 上交所主板某公司非公开发行项目

证监会在反馈过程中对上市公司是否属于《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》规定的“平台经营者”及在该方面的合法合规性予以关注：“请保荐机构和申请人律师结合申请人业务模式情况核查说明申请人是否属于《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》规定的‘平台经营者’，如属于，请核查说明是否符合相关规定。”

4. 深交所创业板某公司非公开发行项目

上市公司首次披露其针对深交所审核问询函作出的回复后，再次更新披露了对该等回复的修订。

经查阅相关公告，上市公司及相关中介机构在修订后

的回复中，就公司对外投资的经营者集中申报及反垄断合规情况进行了梳理，并发表意见如下：“发行人已按照反垄断相关法律法规就符合经营者集中申报要求的对外投资项目履行了经营者集中申报程序并取得了反垄断主管机关的不予禁止或不实施进一步审查的决定；发行人不存在约定对方排他性、独家向发行人供货的安排，亦不存在以此来限制公平竞争的情况；发行人已经建立了有效的反垄断风控体系，发行人不存在因违反反垄断相关法律法规的规定而受到处罚或被立案调查的情形。”

由此可见，证券市场对反垄断合规性的关注正逐渐多元化。那么，对企业而言，业务运营中可能涉及哪些反垄断申报问题，又应当如何妥善应对和处理呢？

二、反垄断申报常见问题及解读

在《中华人民共和国反垄断法》（《反垄断法》）下，一项交易如果同时满足以下两个门槛，则需要在中国进行经营者集中申报（反垄断申报）。

• 构成经营者集中

经营者集中一般包括如下基本类型：（1）经营者合并；（2）经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；（3）经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。

• 达到营业额标准

营业额标准为：（1）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；或者，（2）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。

那么，上述标准具体如何适用呢？

（一）交易类型

《反垄断法》下，可能涉及经营者集中的交易类型包括：合并、股权收购、资产或业务收购、新设合营企业，以及通过合同控制方式取得控制权等。

在交易类型的判断上，企业常见的误区是：

1. 新设公司不需要申报？

如果新设公司为合营企业，两个或两个以上合营方对合营企业拥有反垄断法意义上的共同控制权，且上述合营方达到了《反垄断法》下营业额标准，则该新设合营企业的交易需要申报。如果新设公司为全资子公司，或者由一个合营方单独控制的，则无需申报。

另外，在一些交易中，合营一方可能为政府基金，如合营双方或多个合营方对合营企业有共同控制权，也可能会触发反垄断申报。

2. 国企之间的交易不需要申报？

追溯至最终控制人查看控制权归属是判断控制权变化的方式之一。但是，就国家或地方国资委或其他国家/地方政府机关下属的交易方而言，在判断控制权变化时，一般不会追溯至该国家/地方政府机关层级，而是追溯至最终的国有控股公司进行分析。因此，国有企业之间发生的交易，并不能排除因控制权变化而触发反垄断申报的可能性。

3. 集团内部重组不需要申报？

对于纯属企业集团内部整合或子公司结构调整等行为，应考虑是否适用《反垄断法》所规定的豁免：经营者集中有下列情形之一的，可以不向反垄断执法机构申报：

（一）参与集中的一个经营者拥有其他每个经营者百分之五十以上有表决权的股份或者资产的；（二）参与集中的每个经营者百分之五十以上有表决权的股份或者资产被同一个未参与集中的经营者拥有的。

4. 修改公司章程、投资协议等合同不需要申报？

如交易方通过修改公司章程、投资协议、股东协议或合伙协议等协议中涉及决议机制的条款，例如，股东会、董事会的保留事项、表决机制和法定出席人数，董事会的席位安排，高管的委派等，有可能导致目标公司在交易前后发生控制权的变化，这就属于上文所述“通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响”达成经营者集中的情形。

另外，通过合同等方式取得控制权的方式还包括：业务或者资产托管、表决权委托和一致行动安排等。

5. 司法拍卖不需要申报？

通过司法拍卖取得目标公司或目标业务控制权，且交易方营业额达到申报标准的，同样会触发反垄断申报。

6. 司法重整不需要申报？

企业经营困难或进行破产重整，并不能豁免其反垄断申报义务。如果重整交易构成经营者集中，且达到营业额标准，仍然需要进行反垄断申报。

(二) 控制权解读

《反垄断法》下控制权的认定并不完全等同于企业会计准则或证券市场相关法律法规下的“控制”。在反垄断语境下，即使并非绝对控股或相对控股，仍然可能被认定为具有控制权，这也对投资人评估一项交易是否需要申报提出了挑战。

与其他判断控制权的要素相比，股权比例作为一种最直接的量化标准，通常是判断控制权是否可能发生变化的起点。结合法条及相关实践，一般认为，经营者取得目标公司超过 50% 具有表决权的股权通常能够取得对于目标公司的控制权，而对于 50% 及以下股权是否能够取得控制权，则存在更多的不确定性，需要结合股权和表决权结构、管理层结构以及企业重大经营管理事项的决策机制等因素进行综合认定。

在判断控制权方面，企业可能会遇到如下问题：

1. 哪些事项可能被认定为有控制权？

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控制权。对于合伙企业而言，如果存在类似权利安排，导致普通合伙人和 / 或有限合伙人对合伙企业的管理和投资决策拥有决定权和否决权，也可能导致该合伙人被认定为拥有合伙企业的控制权。

2. 委派一名董事是否就意味着有控制权？

委派一名董事并不意味着一定会取得目标公司控制权，还是需要结合董事会决议机制，判断该名董事是否对于目标公司重大经营管理事项拥有否决权。

3. 有限合伙人（LP）是否还会被认定为有控制权？

如果 LP 仅取得为保护其投资利益的“保护性权利”，例如，就某一具体投资项目决定自己是否参与投资的权利、知情权等，而对目标公司是否参与具体项目投资没有决策权或否决权，一般不构成《反垄断法》意义上的“控制权”。如果 LP 取得超出“保护性权利”的其他权利，则可能被视为取得对合伙企业的控制权。

4. 财务投资人是否还会被认定为有控制权？

对于财务投资人而言，即使其投资目的是进行财务投资，不谋求并表，持股比例也不高，但如果财务投资人交易后在目标公司的股东会、董事会和 / 或高管层面取得对目标公司经营决策方面的积极或消极的控制权，也可能被认定为取得对目标公司的控制权。

5. 投资人仅取得目标公司少数股权，是否还可能被认定为取得控制权？

在判断交易是否触发经营者集中申报时，股权比例可以作为一个快速参考的量化因素，但是，并不能仅基于取

得的股权比例（例如，10% 以下），当然地认为交易前后不存在控制权变化。如果买方收购少数股权（例如，上市公司引入的战略投资者），他们却也可能通过充分参与目标公司的经营管理从而取得反垄断法意义上的控制权，那么也可能触发反垄断申报。

（三）营业额如何计算

营业额计算的总体性规则是：单个经营者的营业额是按照集团口径统计，即包括企业集团内部各关联公司的营业额。但是，经营者与其企业集团内部各关联公司之间发生的营业额不计算在参与集中的单个经营者的营业额之内。实践中，在营业额的具体计算方面，经常碰到如下问题：

1. 卖方营业额是否需要计算在内？

在股权收购或资产收购中，取得控制权的经营者和目标经营者为参与集中的经营者，并相应计算其营业额。对于卖方而言，在出售目标公司全部股权或资产的情况下，如卖方在交易完成后对目标公司或目标资产不再拥有控制权，则只计算该目标公司或目标资产的营业额；如卖方在交易完成后对目标公司或目标资产仍享有控制权，则在计算目标公司或目标资产营业额时，需将卖方营业额计算在内。

2. 自然人的营业额如何计算？

在一些交易中，可能会出现创始人团队保留控制权的情况。这种情况下，创始人的营业额亦需要计算在内。而创始人作为自然人，其所在集团则应当包括其拥有控制权的所有企业，其营业额为该等所有被控制企业的营业额之和。

3. 基金公司营业额如何计算？

基金公司营业额计算方法等同于一般经营者的营业额计算方法，也就是将基金持有的反垄断法意义上具有控制权的投资组合公司的营业额一并纳入计算。如果参与集中的经营者为基金管理公司，则根据《金融业经营者集中申

报营业额计算办法》中的公式进行营业额的计算。

4. 新设的平台公司，营业额如何计算？

实践中，很多投资人会考虑设立“壳公司”或投资平台进行股权收购等交易。新设平台公司虽然在交易时并未产生任何营业额，但是，在反垄断申报语境下，该公司的营业额是要穿透到最终控制人，计算集团层面的营业额。如平台公司由两个或两个以上经营者共同控制，则需要计算所有有控制权的经营者的集团营业额。因此，通过平台公司进行投资，也不能排除申报义务。

（四）其他常见问题

1. 没有垄断，是否还要考虑反垄断申报？

需要进行反垄断申报并不意味着构成垄断。从上文所述的申报标准也可以看出，反垄断申报义务判断是看交易方的营业额，与交易方的市场力量或市场竞争格局并不相关。而市场份额和市场竞争格局是反垄断执法机构在对具体申报案件审查过程中会考虑的因素。如因交易方市场份额高、相关市场集中度高、竞争者数量少等因素，导致交易具有或可能具有排除、限制竞争效果的，反垄断执法机构可能会做出禁止集中或附条件审批通过的决定。但是，基于我们的申报经验和对反垄断执法机构审查案件的观察，绝大多数反垄断申报都可以无条件审批通过。

2. 涉及境外公司的交易还需考虑在中国进行申报吗？

境外交易或跨境交易若满足《反垄断法》经营者集中申报标准的，也需在中国境内进行经营者集中申报。实践中，可能出现投资境外公司，该境外公司在中国境内营业额为 0 的情况。在此情形下，如交易后，有两个或以上买方取得该境外公司的控制权，且营业额达到了上述营业额标准，也需要考虑中国经营者集中申报。

3. 与目标公司业务没有任何重叠，是否需要申报？

如前所述，在《反垄断法》下，判断交易是否需要申报仅从控制权变化以及营业额标准两个方面予以考虑。因

此，无论交易方之间存在何种业务关系、具有何种市场力量，只要交易满足上述控制权变化以及营业额标准，均需要进行反垄断申报。但是如果参与集中的经营者的业务没有横向或纵向交集，则有利于申报审查。

4. 申报时点是什么？与交易如何衔接？

中国反垄断申报采取事先申报制度。虽然《反垄断法》并未就申报的提交时限做出明确规定，但达到申报标准的经营者集中，应当在集中协议签署后、实施集中前进行反垄断申报，未申报的不得实施集中。因此，为确保在预计交割日前取得申报审批，经营者应当预留好申报审批所需时间，同时，尽可能提早准备申报材料，并在签署交易文件后尽早提交申报。

在一些特殊类型的交易中，如上市公司要约收购、司法拍卖、司法重整等，交易时间表通常很紧张，此时，交易方能否准确把握反垄断申报的时间节点显得尤为重要。另外，在多步骤交易中，参与集中的经营者在实施互为条件的交易的第一个步骤、或任何一个分项交易前就需要进行申报并取得审批。

5. 提交申报后，审查过程中能否交割？

根据《反垄断法》以及经营者集中申报相关规定，审查期间，经营者不得实施集中。因此，即使交易方已提交经营者集中申报，但仍然处于审查期间未获得审批的，进行交易交割很有可能被反垄断执法机构认为构成违法而予以相应处罚。

6. 不申报的后果是什么？

根据《反垄断法》规定，经营者违反规定实施集中的，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，并可以处五十万元以下罚款。实践中，反垄断执法机构主要施加罚款处罚。此外，值得关注的是，根据《反垄断法》修订稿，未依法申报行为最高可处以上一年度销售额 10% 的罚款，未来未依法实施集中的罚款上限和违法成本可能会大幅提高。

除法律风险外，未依法申报的企业还可能面临受到反垄断执法机构公开处罚从而招致的公司信誉风险以及股价波动等经营问题。对于拟上市公司而言，未能依法进行申报而导致处罚也可能影响其 IPO 进程。

7. 未申报的交易，如何补救？

对于经营者而言，在目前的监管态势下，如发现历史上有应报未报交易，应尽早主动向反垄断执法机构报告，主动进行补报，以争取减少罚款。

同时，当前形势下，采取主动补报，对企业而言好处多多，例如：

- 目前，《反垄断法》正面临修法，根据《反垄断法》修订稿，未依法申报行为最高可处以上一年度销售额 10% 的罚款。因此，在新法落地前的这段时间，可能会是最后的窗口期；
- 尽早一次性解决合规遗留问题，有利于公司后续各类交易、上市等的持续性合规；
- 与其他企业案件同期被处理，有利于降低舆论关注，减少资本市场的负向反馈。

8. 两年内未被调查，是否还会处罚？

根据《行政处罚法》的规定，一般的行政处罚的处罚时效是两年。但该法同时规定，违法行为有连续或者继续状态的，从行为终了之日起计算。基于我们的申报经验以及执法案例来看，只要违法行为具有继续状态，例如合营企业仍然存续，股权仍继续持有的，就不适用《行政处罚法》两年的追溯时效。因此，两年内未依法申报的交易，只要违法行为处于连续状态的，反垄断执法机构仍可对申报义务人作出处罚。

三、合规建议

在反垄断和证券法规双重强监管背景下，企业应当充分重视反垄断申报方面的合规性。具体而言：

1. 把握当前：拟议交易的及时申报

对于即将开展或正在进行的并购、股权收购及协议安排等，建议：

- 在交易洽谈初期，即将交易是否可能触发反垄断申报作为一个重要议题，进行谨慎的评估分析。必要时，可请外部律师协助分析；
- 在设计交易架构和时间安排时，尤其是涉及多步骤交易的，应当尽早考虑反垄断申报事宜，在交易文件中留足申报材料准备及审查所需时间，以确保在交易交割前取得反垄断审批；
- 交易文件签署后，尽快提交申报，并在审查过程中积极配合，以争取尽早审批。

2. 回溯既往：已完成交易的梳理核查

在反垄断监管下，应报未报查处力度显著加强，可能为企业招致数十万的罚单，待《反垄断法》修法完成、新法落地后，罚款金额还可能会大幅增加；同时，应报未报

可能成为企业未来资本运作上的挡路石。因此，企业有必要回溯既往、顺时而为：

- 对于已完成的并购、股权收购、资产收购、新设合营企业以及协议控制等交易，谨慎判断是否存在应当申报而未依法申报的情形。尤其是，在正常申报中，需要披露参与集中的经营者在相关市场上过去三年的经营者集中情况，企业更应谨慎评估相关历史交易是否存在未依法申报的情形；
- 针对拟上市公司而言，《执业细则》要求核查发行人已经完成或者拟进行的收购或出售资产、资产置换、资产剥离等行为是否符合法律法规的规定，是否完成反垄断主管部门等有关部门的批准或者备案。此处，并未将应当核查的已完成交易局限于报告期内，在核查报告期内已完成交易的基础上，谨慎起见，我们建议对报告期之前的已完成交易进行适当核查，重点关注涉及重要领域或重要标的的交易；
- 如确实存在未依法申报的交易，建议尽快向反垄断执法机构进行主动的补充申报。

“安全港”也会沉船——反垄断系列新规解析

宁宣凤 柴志峰 张若寒 裴梦然 张贤 屈尘

2022年6月24日，全国人民代表大会常务委员会正式通过关于修改《中华人民共和国反垄断法》的决定（《反垄断法（2022）》或称“新法”），新法于2022年8月1日起施行¹。此后，国家市场监督管理总局（市场监管总局）又相继公布一系列配套规定的征求意见稿，向社会公开征求意见。

本文将聚焦于垄断协议，就《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》（《垄断协议征求意见稿》或称“规定”）中的重点条文进行解读和探讨，以期为企业开展反垄断合规工作提供更多参考。

一、首次引入“潜在的竞争者”概念

潜在竞争（potential entrant theory）是产业组织理论中的一个重要概念。上世纪六十年代，美国法院在评估混合并购的反竞争效应时，认为在产品扩张型和市场扩张型的混合并购交易中，若交易的一方处于相关市场之外且随时可以进入市场，则企业通过并购在位企业的方式进入市场时，该并购行为可能消除该企业潜在竞争者地位，从而可能实质性地损害市场竞争。²上述思路在垄断协议规制领域同样适用，经营者与其潜在的竞争者达成、实施的垄断协议也会对市场竞争造成一定危害。

《垄断协议征求意见稿》首次规定，具有竞争关系的经营者，包括实际的竞争者和潜在的竞争者；并明确了潜在竞争者的含义，即“具备在一定时期内进入相关市场竞争的计划和可行性的经营者”。尽管在规范层面，此前的反垄断法及相关规定、指南中尚未提及过“潜在的竞争者”这一概念，但我们注意到实践层面已对此予以注意。例如，最高人民法院在今年一民事判决书中提出“……竞争关系是指在生产或者销售过程中处于同一阶段的两个或两个以上的经营者提供具有替代关系的产品或者服务，或者具有进入同一产品或者服务市场的现实可能性”。³我们列举了实务中可能涉及“潜在竞争者”的一些场景，供读者参考：

- 反向支付协议

反向支付协议，主要见于医药领域，是指原研药厂向属于潜在竞争者的仿制药厂支付一定利益补偿，仿制药厂承诺不挑战相关药品的专利权或者延迟进入相关药品市场的协议。该类协议在效果上将阻碍原研药厂的潜在竞争者进入相关市场、或者推迟其进入市场的时间，从而原研药厂在相关市场上将不再面临来自该等潜在竞争者的紧迫竞争压力。这与实践中常见的要求竞争对手停产或退出相关市场的横向垄断协议具有类似效果。

¹ 请参见我们的解读文章：《<反垄断法>首次修法，“新法”新规新解》，<https://mp.weixin.qq.com/s/CQOLj9faAvBCTWx-l8B8Yg>。

² 参见吴汉洪、孟剑：《潜在竞争理论及其对我国并购反垄断审查的适用》，《经济动态》2013年第7期。

³ （2021）最高法知民终1298号。

在司法层面，最高人民法院今年首次在一非垄断案由案件的民事裁定书中对当事方之间的反向支付协议进行了分析。⁴在执法层面，根据公开渠道信息，我国反垄断执法机构尚未有查处反向支付协议的实例。但是我们注意到，市场监管总局曾在官网上披露过境外其他司法辖区查处的反向支付协议案件。由此可见，我国反垄断执法机构已对该问题表示出一定关注，企业未来应当予以重视。

• 收并购交易中的竞业限制协议

在收并购交易中，交易方常常会在交易协议中约定交易方（尤其是具有竞争关系的交易方）在一定期限内、一定地域范围内不从事与目标资产/业务（或合营企业）相竞争的业务。一般而言，如若被收购方掌握核心技术的相关人员在交易后“自立门户”，并基于此前经验与被收购方展开竞争，可能大大降低被收购方的价值。因此，为了保障目标资产/业务在交易后的商业价值，或维护合营企业在组建后能够有效运营，收购方会要求被收购方的原管理人员、核心技术人员或其他合营方等潜在竞争者签署竞业限制协议。不同场景下的竞业限制协议存在的法律风险会有所差异，例如在“完全收购”的场景下，对被收购方的部分员工设置一定的不竞争义务通常可以被监管机关所认可；瑞典法院亦曾表明，在股权收购交易中设置 5 年内的竞业限制不被视为反竞争行为。⁵

虽然当前我国反垄断执法机构并未就收并购交易中设立不竞争义务的行为进行明确表态，但在竞业限制协议、互不挖角协议（no-poaching agreement）等议题备受瞩目的今天，企业应当就该问题予以重视。⁶

随着当前市场动态日渐频繁，潜在竞争者在竞争分析中的重要性不言而喻。本次《垄断协议征求意见稿》引入“潜在的竞争者”概念，表明了我国反垄断执法机构对经营者与其潜在竞争者之间达成的协议也将越来越关注。虽然规定中明确了潜在竞争者的含义，但实践中如何具体识别相关主体是否构成潜在的竞争者，例如“一定时期内进入相关市场”是否具有可量化的期限标准，仍需进一步探索。

二、纵向垄断协议：“个案豁免”还是“集体豁免”？

与《反垄断法（2022）》第十八条相呼应，《垄断协议征求意见稿》在第十三条纵向价格垄断协议中新增一款，“对前款规定的协议，经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止”；并在第十五条明确了纵向垄断协议“安全港”制度的具体适用条件，即经营者能够证明其与交易相对人在相关市场的市场份额低于 15%（国务院反垄断执法机构另有规定的从其规定，下同），且无相反证据证明其排除、限制竞争。我们认为，上述修订可视为在“原则禁止 + 例外豁免”的基础上，针对纵向垄断协议又进一步分别设置了“个案豁免”与“集体豁免”。

- 集体豁免，即推定适用豁免，通常系基于行为类型或市场份额情况所规定的豁免情形。根据《垄断协议征求意见稿》第十五条第一款，如果经营者能够证明其符合相关条件，其达成的纵向垄断协议即不予禁止。因此，该规定可理解为纵向垄断协议下的“集体豁免”。
- 个案豁免，是指在集体豁免外，经营者根据个案具体情形对其行为不具有排除、限制竞争效果进行举证抗辩，由执法机构进一步判断是否可以豁免。根据《垄断协议征求意见稿》第十三条第二款，经营者可在个案中对所达成的纵向价格协议进行抗辩，举证证明不具有排斥、限制竞争效果。⁷因此，该规定可理解为针对纵向价格

⁴（2021）最高法知民终 388 号。

⁵参见：<https://webgate.ec.europa.eu/multisite/ecn-brief/en/content/non-compete-clauses-included-share-purchase-agreements-period-five-years-do-not-constitute>。

⁶就不竞争条款的反垄断风险，请参考我们此前的文章《不竞争 = 反竞争？——不竞争条款的反垄断风险》，<https://mp.weixin.qq.com/s/589homHGDM87944fSiZi3Q>。

⁷同注 1。

垄断协议设置的“个案豁免”。

需要注意的是，较之于《反垄断法（2022）》第二十条规定的公共利益豁免，《垄断协议征求意见稿》第十三条新增的第二款虽同为个案豁免类型，但二者仍存在一定差异。具体而言，公共利益豁免旨在说明某些垄断协议行为对公共利益的促进大于其对市场竞争的损害，而《垄断协议征求意见稿》第十三条新增的第二款则旨在证明纵向价格垄断协议在某些情况下不具排除、限制竞争效果。我们理解，对市场竞争的评估往往需要从“品牌内竞争”和“品牌间竞争”两个维度展开。对于品牌间竞争不够充分的市场，如实施相关纵向协议，可能进一步导致品牌内竞争减弱，甚至影响不同品牌的定价，从而降低消费者福利；而对于品牌间竞争较为充分的市场，实施相关纵向协议可能不会扭曲市场竞争格局，甚至可能促进品牌分销效率，提升消费者福利。

三、“安全港”制度之“新法”与“旧规”如何抉择

《反垄断法（2022）》首次在法律层面设立了适用于纵向垄断协议的“安全港”制度。在此基础上，如上所述，《垄断协议征求意见稿》进一步对“安全港”制度的适用条件进行了明确，即经营者能够证明其与交易相对人在相关市场的市场份额低于15%，且无相反证据证明其排除、限制竞争。从适用范围来看，本次新确立的“安全港”制度适用于纵向垄断协议，包括纵向价格协议和纵向非价格协议，且不限于特定场景或特定行业。国务院反垄断委员会于2019年1月发布的《关于知识产权领域的反垄断指南》（《知产指南》）和《关于汽车业的反垄断指南》（《汽车指南》）也曾规定以市场份额为基础的“安全港”制度，⁸ 简要总结如下表：

	《知产指南》	《汽车指南》
适用范围	<ul style="list-style-type: none">除固定或者变更商品价格，限制商品的生产数量或者销售数量，分割销售市场或者原材料采购市场，限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品，联合抵制交易以外的其他横向垄断协议；纵向非价格垄断协议。	纵向垄断协议下的地域限制和客户限制
适用条件	<ul style="list-style-type: none">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%；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%；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。	经营者在相关市场占有30%以下市场份额有可能被推定为不具有显著市场力量。

可以看出，《知产指南》《汽车指南》两部反垄断指南下的“安全港”制度在适用范围、适用条件（特别是市场份额门槛）方面均与《反垄断法（2022）》《垄断协议征求意见稿》存在明显区别。

从法律文件的效力级别来看，《反垄断法（2022）》属于法律，为“安全港”制度的构建提供上位法依据；《垄断协议征求意见稿》待正式颁布后属于部门规章；《知产指南》《汽车指南》等反垄断指南则是属于规范性文件，仅具有指导意义，不具有强制约束力。因此，《反垄断法（2022）》《垄断协议征求意见稿》的效力级别应高于两部反

⁸ 《知产指南》第十三条、《汽车指南》第四条和第六条。

垄断指南。但是也需注意，《反垄断法（2022）》《垄断协议征求意见稿》属于一般性规定，《知产指南》《汽车指南》则可以视为针对特定行业/领域的特殊性或专门性规定。因此，反垄断执法机构在实践中会如何协调上述“新法”与“旧规”的适用关系，未来是否会针对特定行业/领域进一步制定单独的“安全港”规则，有待反垄断执法机构日后予以明确。

四、“安全港”制度之经营者的举证责任和市场份额计算

如上文所述，根据《垄断协议征求意见稿》目前条文，经营者如拟适用“安全港”制度，须证明符合以下两项条件：（1）经营者与交易相对人在相关市场的市场份额低于15%，以及（2）无相反证据证明其排除、限制竞争。但是，规定目前尚未进一步说明经营者如何去具体证明“无相反证据证明其排除、限制竞争”。我们认为，经营者自证不存在相反证据在实践中将会具有很大的难度，对“安全港”制度的适用将构成实质性阻碍。更为可行的方案，或许是由经营者证明符合市场份额条件，而反垄断执法机构或其他第三方如果可以证明“存在相反证据证明其排除、限制竞争”，则认定经营者无法满足安全港标准。未来实践中，反垄断执法机构会如何分配经营者在“安全港”下的举证责任，减少企业的合规负担，预计仍有待进一步探索。

就“安全港”制度下的市场份额计算，我们认为可关注以下几个问题：

（一）市场份额计算的“集团”范围

根据《垄断协议征求意见稿》，不仅需考察相关主体自身的市场份额，还须将其控制或施加决定性影响的其他实体的市场份额一并考虑在内，即按照一定的“集团”范围来计算市场份额。从条文文字面表述来看，该“集团”仅覆盖经营者及其下属的关联实体，尚不会向上追至该经营者的最终控制人以及最终控制人控制（或施加决定性影响，下同）的其他实体（如其他姐妹公司等）。这与我国反垄断法在其他场景下采用的“集团”概念存在一定差异。例如在经营者集中申报中，参与集中的经营者上一会计年度的营业额同样以集团作为统计口径，但该“集团”指向经营者所在的整个集团，除经营者下属的关联实体外，还同时包括经营者的最终控制人以及最终控制人所控制的其他实体。

在“安全港”制度下，考察经营者的市场份额主要在于评估相关纵向安排具有或可能具有的竞争效果。实践中，假设一企业集团内某家公司与其下游经销商达成一定的纵向安排，而集团内其他姐妹公司与该公司的生产经营活动彼此相对独立，它们无意愿也并未与下游经销商达成相关的纵向安排。在此情形下，若一概将同一集团内其他姐妹公司的市场份额计算在内（如均处于同一相关市场），可能会不当地放大相关行为对市场竞争的影响，导致“安全港”制度难以适用，此时关注于该公司及其控制实体更具合理性。尽管如此，我们认为，“安全港”制度下的市场份额计算范围是否将明确不包含经营者的最终控制人以及最终控制人控制的其他实体，以及在哪些情况下反垄断执法机构可能将上述所有关联实体考虑在内，有待反垄断执法机构进一步明晰。

（二）市场份额计算的口径以及市场界定方式

除了市场份额的计算范围，企业还应注意市场份额的统计口径。根据我们的经验，同一市场往往存在多种数据统计口径，而企业在不同数据统计口径下的市场份额可能存在一些差异，有时差异十分悬殊。在此情况下，企业应首先采用行业内普遍采用、认可度高的数据统计口径；如果业内尚无相对统一的数据口径，建议企业应谨慎并从严评估自身的市场份额。

同时，相关市场的界定方式也会直接影响企业市场份额的高低。实践中，相关市场界定通常需要进行需求替代和供给替代分析；此外，取决于协议所涉具体产品或服务，还会考察经营者与交易相对人的交易模式等因素。考虑到相关市场界定具有较强的技术性、专业性，为科学合理界定相关市场，以便更准确地评估市场份额，建议企业必要时及时咨询外部反垄断专业律师的意见。

（三）兼顾考察交易相对人的市场份额以及存在多个交易相对人的情形

根据目前条文，适用“安全港”的条件之一为经营者与交易相对人在相关市场的市场份额低于15%。因此，除了考察经营者以及其一定“集团”范围的市场份额外，还需要兼顾关注其交易相对人的市场份额。同时，《垄断协议征求意见稿》进一步规定，交易相对人为多个的，在同一相关市场的市场份额应合并计算。

实践中，经营者常常会选择与下游的多个经销商而非某单个经销商，达成相同或相似的纵向安排。因此，将不同交易相对人的市场份额合并计算，能够更加全面完整地评估竞争影响，避免忽视相关纵向安排在市场中的累积效果。但是，市场份额的合并计算也可能产生一些问题：假设一市场内不同生产商生产的产品同质化程度很高，同时该市场的下游经销商会销售不同生产商提供的产品。某一生产商现与数个经销商达成一定的纵向安排，在此情形下，该生产商自身的市场份额可能十分有限，然而其经销商由于实际销售着其他众多生产商的竞品，如市场份额合并计算，可能远远超过规定标准，进而导致无法适用“安全港”。这似乎会导致一个悖论，即一个市场份额很小的经营者，面临充分的品牌间竞争，但仅由于其布局了较多的销售渠道，积极面对品牌间竞争，反而增加了其交易相对方的合计市场份额，导致可能无法适用安全港。因此，如何科学计算经营者和交易相对人的市场份额，避免不合理地低估或放大相关行为对市场的影响，未来有待正式立法和执法实践予以澄清。

五、经营者提交书面申请的适用场景

《垄断协议征求意见稿》第十六条第一款规定了经营者可以向反垄断执法机构提交书面申请，证明其符合第十五条规定。同时，该款规定列举了经营者所提交的申请书应当载明的事项，包括经营者与交易相对人在相关市场的经营状况及股权关系、在相关市场的市场份额及计算依据、协议在相关市场不会排除、限制竞争等。

如从体系解释的角度，结合第十六条第三款规定⁹，第十六条第一款的书面申请程序将主要适用于“事后”，即经营者已实施了相关行为，并面临反垄断执法机构的调查核实或已被立案。在此场景下，经营者提交申请书后，反垄断执法机构经调查核实，认为符合第十五条规定的，未立案的可以决定不予立案调查，已经立案的可以决定终止调查。

为加强经营者对其生产经营行为的风险控制能力、减轻反垄断合规负担，参考域外其他司法辖区的反垄断实践，我们认为反垄断执法机构未来可考虑进一步明确上述书面申请程序的适用场景是否也会延伸至“事前”，即经营者是否可在实际从事相关纵向安排之前，即先行向反垄断执法机构提交书面申请，以取得其事先授权或许可。例如，澳大利亚《竞争与消费者法》（Competition and Consumer Act）规定了针对经营者拟从事行为的授权（Authorization）及通知（Notification）程序。以授权程序为例¹⁰，经营者可以就其拟从事的可能存在反垄断法律风险的特定行为，例如卡特尔、协同行为、转售价格维持、独家交易、滥用市场力量等，向竞争与消费委员会书面申请授权；竞争与消费委员会在收到有效申请后六个月内须作出是否授权的决定，取决于具体行为类型，如评估后认为行为不会实质性损害竞争，或者对公共利益的促进效果大于其损害效果，即会进行授权。经营者取得授权后，相当于得到了“法定保护”，

⁹ 《垄断协议征求意见稿》第十六条第三款 反垄断执法机构经调查核实，认为符合本规定第十五条规定的，未立案的，可以决定不予立案调查，已经立案的，可以决定终止调查，并制作终止调查决定书。

¹⁰ 通知的适用范围相对较窄，例如独家交易、转售价格维持以及小型企业集体谈判（small business collective bargaining）等行为，其程序比授权更快。

能够在授权期限内从事相关行为，且不会面临相应的反垄断法律风险。

六、垄断协议组织者和帮助者的认定

《反垄断法（2008）》将垄断协议的主体主要限定为“具有竞争关系的经营者”和“经营者与交易相对人”。这在实践中导致实践中一些垄断协议的组织者、帮助者无法对应地适用相应的垄断协议法律责任，最终得以脱法。为了有效填补该法律空白，解决垄断协议组织者、帮助者的行为定性和法律责任缺失问题，《反垄断法（2022）》明确规定，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。《垄断协议征求意见稿》第十七条与新法的上述规定相呼应，并进一步细化了“组织”和“提供实质性帮助”的相关违法情形。具体而言：

- “组织”是指：（1）经营者虽不属于垄断协议的协议方，但在垄断协议达成或者实施过程中，对协议的主体范围、主要内容、履行条件等具有决定性或者主导作用；（2）经营者与多个交易相对人签订协议，故意使具有竞争关系的交易相对人之间通过该经营者进行意思联络或者信息交流，达成垄断协议。
- “提供实质性帮助”是指：经营者虽未从事组织行为，但对垄断协议达成或者实施提供支持，且与排除、限制竞争具有因果关系并且作用显著的行为。

尽管《垄断协议征求意见稿》对于“组织”和“提供实质性帮助”进行了更为细化的规定，但是未来在具有适用时可能仍存在一些问题有待解决，例如：

就经营者的组织行为，这并非我国反垄断领域首次引入“组织”概念，例如国务院反垄断委员会于2019年1月颁布的《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》（《宽大指南》）第十条第二款规定，经营者组织、胁迫其他经营者参与达成、实施垄断协议或者妨碍其他经营者停止该违法行为的，执法机构不对其免除处罚，但可以相应给予减轻处罚。据此，在《宽大指南》下，如果经营者组织其他经营者达成、实施横向垄断协议，即便其向反垄断执法机构申请宽大，也无法享受免除处罚的待遇，仅可减轻一定的处罚。对于《垄断协议征求意见稿》中所界定的“组织”行为与《宽大指南》中的“组织”行为之间是否存在区别；在横向垄断协议场景下，经营者如存在《垄断协议征求意见稿》中列举的组织行为，其申请宽大是否会面临无法免除处罚，上述问题目前尚无明确答案。

就经营者的实质性帮助行为，其与“组织”行为的构成要件有所不同。“提供实质性帮助”不仅要求经营者为其他经营者提供支持，还应与排除、限制竞争具有因果关系并且作用显著。我们理解该条目的，主要在于排除提供了帮助但显然不具有可罚性的经营者，比如承担垄断协议相关会议事务性工作的专业第三方机构，比如会议中心、酒店等。但对于何为“与排除、限制竞争具有因果关系”，以及如何判断经营者的帮助行为是否“作用显著”，《垄断协议征求意见稿》目前尚未给出具体的判断标准，存在灰色地带，有待日后进一步澄清。

结语

结合本土市场发展实际，并参考国际经验，我国《反垄断法（2022）》及系列配套规定（征求意见稿）总结和回应了过去十余年中反垄断执法实践所遇到的一些突出问题。当然，也仍存在一些问题有待反垄断执法机构在未来正式落地的规定和执法实践中予以进一步澄清和明晰。与此同时，企业未来的反垄断合规工作也势必面临更多挑战。我们建议，相关企业应密切关注后续落地实施的新法新规以及执法动态，以便更好地把握未来反垄断合规工作的重点。

自我优待，孰是孰非——反垄断系列新规解析

宁宣凤 柴志峰 张若寒 贾梦琳 高锐 马骏

引言

2022年6月24日，全国人民代表大会常务委员会正式通过关于修改《中华人民共和国反垄断法》的决定（《反垄断法（2022）》或称“新法”），新法于2022年8月1日起施行¹。此后，国家市场监督管理总局（市场监管总局）又相继公布一系列配套规定的征求意见稿，向社会公开征求意见。

本文将围绕滥用市场支配地位，就《禁止滥用市场支配地位行为规定（征求意见稿）》（《滥用征求意见稿》或称“规定”）新增“自我优待”的规制等变化进行延伸探讨，希望为相关企业梳理潜在风险并提供合规建议。

一、“自我优待”面面观

（一）国内外立法概览

《滥用征求意见稿》最为显眼的变化即是第二十条，在现有滥用行为的基础上针对平台经营者新增“自我优待”这一特殊类型，系在我国反垄断法法律框架下首次对自我优待进行明文规制。第二十条规定，“禁止具有市场支配地位的平台经营者利用数据和算法、技术以及平台规则等，没有正当理由，在与该平台内经营者竞争时，对自身给予下列优惠待遇：（一）对自身商品给予优先展示或者排序；（二）利用平台内经营者的非公开数据，开发自身商品或者辅助自身决策。”一方面，该规定是对于《反垄断法（2022）》第二十二条第一款及第二款的补充与细化，另一方面，该规定也是对自我优待行为难以准确对应现有滥用行为类型之困境的回应与解决。当然，后者亦与自我优待的表现形式复杂多样不无关系。

除《滥用征求意见稿》中所列举的典型情形外，市场监管总局在其官网上还罗列了自我优待的另外两种表现形式²，包括“利用直接控制消费者‘选择’的优势进行自我优待，如搭售自家商品”，以及“利用平台政策执行者的地位进行自我优待，如为自己产品提供免费广告或利用开放应用程序接口，策略性地限制竞争对手”，前述表现形式更多与传统滥用行为存在重合，例如或与搭售相关，或与限定交易/拒绝交易/附加不合理条件牵连。总之，自我优待与传统的滥用行为的边界并非泾渭分明，具体场景中如何定位与判别，有待反垄断执法机构予以最终定夺和明确。

需要注意的是，尽管自我优待系首次在我国反垄断法法律框架下予以明确规制，但是各地已出台的反垄断合规指

¹ 请参见我们的解读文章：《<反垄断法>首次修法，“新法”新规新解》，<https://mp.weixin.qq.com/s/CQOLj9faAvBCTWx-l8B8Yg>。

² 请参见：https://www.samr.gov.cn/wljys/gzgd/202207/t20220706_348415.html。

引其实对于自我优待已有体现，例如，《北京市平台经济领域反垄断合规指引（2021年版）》在“滥用市场支配地位行为的风险防范与合规”部分提及，具有市场支配地位的平台经营者，通过算法等措施对平台自营或关联方运营的商品给予更加有利的优惠条件，导致其他经营者处于不利地位的，也可能构成差别待遇；浙江省地方标准《互联网平台企业竞争合规管理规范》列举的“具有平台企业特性的高风险敏感行为”包括“优先展示自身产品或弱化显示竞争对手产品、对竞争对手产品搜索降级”。此外，除反垄断法律体系外，我国其他相关法律法规亦已对自我优待有所涉及，如《反不正当竞争法》³《电子商务法》⁴《数据安全法》⁵等。由此可见，如《滥用征求意见稿》正式出台，国内针对自我优待的立法规制将以反垄断法为主干，同时扩及更为广泛的平台治理领域。

此外，如市场监管总局关于《滥用征求意见稿》的起草说明所述，新设自我优待的规定是出于“合理借鉴理论研究成果和域外立法执法实践”。综观国外，目前多个重要司法辖区针对大型平台企业施加的法律义务中，均已涉及自我优待相关内容，典型代表包括欧盟的《数字市场法》、美国的《终止平台垄断法案》《美国选择与创新在线法案》《美国创新与选择在线法案》、德国的《反对限制竞争法（第十修正案）》等，其中分别针对可能构成“守门人（gatekeeper）”“Covered Platform”以及“对竞争有至关重要跨市场影响的经营者”的大型平台企业，提出需承担包括禁止自我优待在内的特殊义务⁶。

（二）超级平台执法加码

在《滥用征求意见稿》颁布之前，我国尚无针对自我优待行为进行反垄断执法的公开案例。尽管如此，反垄断执法机构在过往互联网平台“二选一”案件的行政指导书中，对于自我优待行为已有所关注，并将其作为落实平台企业主体责任、维护平台良好竞争生态的重要抓手。在相关案件的行政指导书中，执法机构强调平台经营者应当“客观中立设定搜索、排序等算法，公平公正使用数据资源，切实提高平台治理规则的公开性和透明度”“按照公平合理无歧视的原则与平台内经营者开展合作，不得从事对平台内经营者施加不合理限制或者附加不合理条件、歧视性对待平台内经营者等行为”，上述要求可以理解为在平台“二选一”案件中执法机构对于自我优待行为的“额外关照”。

相比于我国目前对于自我优待反垄断执法的“冷清”态势，国外的执法活动则显得更为“热闹”。自2017年欧盟委员会首次对某比价服务搜索引擎的自我优待施加处罚以来，包括欧盟、韩国、意大利、土耳其、德国等在内的多个域外司法辖区的反垄断执法机构已陆续针对多个大型平台的自我优待行为开出反垄断罚单。以韩国某搜索引擎平台自我优待案为例，该平台通过人为调整、变更检索算法，以使得自身商品优先展示；在视频领域，其全面更改视频检索算法后却未将相关事实告知竞争者，而对自身视频的关键词进行系统补充和完善，甚至直接给予自身视频额外加分。最终，韩国公平贸易委员会认为该平台在网购、视频领域检索服务中实施自我优待行为，欺骗信任检索客观性的消费者，扭曲相关市场竞争，处以约267亿韩元（约1.56亿人民币）的罚款。

纵览前述执法案例，针对自我优待的平台反垄断执法主要与平台经营者活跃于不同经济领域、开展跨界竞争有关，特别是平台经营者借助A市场的优势地位来支持其在B市场的业务，排挤B市场上的其他竞争者，即借助杠杆传导实施滥用行为，排除、限制相关市场的竞争，进而被执法机构所关注。

³ 《反不正当竞争法》第十二条第二款，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：（一）未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目标跳转；（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者服务；（三）恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容；（四）其他妨碍、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。

⁴ 《电子商务法》第二十二条，电子商务经营者因其技术优势、用户数量、对相关行业的控制能力以及其他经营者对该电子商务经营者在交易上的依赖程度等因素而具有市场支配地位的，不得滥用市场支配地位，排除、限制竞争。第三十五条，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。

⁵ 《数据安全法》第五十一条，窃取或者以其他非法方式获取数据，开展数据处理活动排除、限制竞争，或者损害个人、组织合法权益的，依照有关法律、行政法规的规定处罚。

⁶ 例如，欧盟《数字市场法》第六条第五款规定，守门人不得在排名以及相关索引和抓取等方面对于自身服务和产品提供相较于第三方同类服务或产品的优待。守门人对此类排名以及相关索引和抓取应适用透明、公开和非歧视的条件。

（三）不容忽视的正当理由

尽管自我优待行为具有隐蔽性，可能在无形中对市场竞争秩序产生严重的破坏影响，但也需要承认，自我优待在某些情况下确实存在积极效应。一方面，自我优待符合平台企业的商业逻辑，一定程度上可以视为平台企业运营管理平台的回报⁷，使其对平台的投资得以变现，例如，对于采取免费或者低价模式的平台，自我优待有利于实现交叉补贴，弥补平台企业前期对平台的投入。另一方面，自我优待有助于维护平台内部的交易秩序与生态平衡，确保平台企业自身发展，进而维持并促进平台的持续运作和良序发展。除此之外，自我优待也可能推动商业模式创新，提高经济效率，最终促进消费者福利的提高。

因此，我们倾向于认为，有必要以更加审慎和中立的态度看待平台企业的自我优待行为。《滥用征求意见稿》同样对此有所全面考量，即自我优待行为被认定构成滥用市场支配地位行为的前提之一是“没有正当理由”。

具体而言，《滥用征求意见稿》就自我优待行为列举了三项正当理由，包括（1）基于公平、合理、无歧视⁸的平台规则实施的展示或者排序，（2）符合正当的行业惯例和交易习惯，及（3）能够证明行为具有正当性的其他理由。由于自我优待行为具有复杂多样的表现形式，某些自我优待行为可能与传统的搭售、差别待遇等滥用行为存在重合，参考这些传统滥用行为的正当理由相关规定，自我优待的“其他正当理由”还可能包括为保护特定资源投入所必需，在合理期限内为发展平台内其他业务、吸引新用户等而开展的优惠促销活动，为保护知识产权所必需等。实践中，平台经营者应当提前评估判断采取自我优待行为的原因和基础，注意留存相关论证材料和依据，为日后主张其行为的正当性提供支持。

（四）安全警戒路在何方

鉴于全球范围内的反垄断执法机构对自我优待行为均有较高关注，在立法和执法方面已有不同程度的探索和实践，我国也相应地在《滥用征求意见稿》中首次明确对自我优待行为的规制，体现了我国反垄断执法机构对平台经济领域各种新型表现形式的滥用行为不断完善认识并表明立场态度，我们不排除未来我国反垄断执法机构也可能紧随其他司法辖区，进一步采取强化监管执法的行动。

如上所述，结合国内外现有的相关法规和执法案例，不难看出，平台企业通常在具备下述两项条件的情形下，可能从事自我优待行为，即：（1）平台企业在其主要提供的平台服务市场上，已经积累了较为明显的竞争优势，且（2）除为平台内经营者提供平台服务外，平台企业同时从事平台内经营者的相关业务，与平台内经营者存在纵向合作和横向竞争的双重关系。在此情形下，平台企业往往既有能力也有动机进行自我优待，一方面巩固其在既有的平台服务市场上的优势地位，另一方面寻求获得并扩大其在平台内经营者所从事的相关业务市场上的市场份额，以此实现市场力量在两个市场上的相互传导。

虽然企业从事自我优待可能已是一种常见的商业模式，且并不直接意味着即对消费者、市场竞争造成损害，但是，企业需警惕，如果从事自我优待行为不存在足够充分的正当理由，且确实对交易相对方、消费者、相关市场竞争秩序等造成了相当程度的不利影响，则很可能遭到举报投诉或引发监管关注。因此，我们建议平台企业在拟从事自我优待行为之前，应当全面完整地谨慎评估企业所处的市场环境和地位，充分有效地论证分析采取自我优待的出发点和合理考量，并预测推演可能对相关市场的经营者、消费者、市场整体竞争带来的负面波动和影响。

⁷ 欧盟《数字时代的竞争政策》，请参见：<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>。

⁸ 也被称为 FRAND 原则，即 Fair, Reasonable And Non-Discrimination。

除自我优待行为外，尽管《滥用征求意见稿》并未重申“二选一”、大数据杀熟等其他平台经济领域常见的滥用行为，考虑到《平台经济领域反垄断指南》已有相关明确规定，企业同样应对该等滥用行为保持持续关注。此外，即便可能并不构成具有市场支配地位，企业还应当注意避免不当利用其他经营者的数据，触及《反不正当竞争法》《电子商务法》等其他法规的红线。

二、市场支配地位认定更加精细化

认定经营者具有市场支配地位，是分析是否构成滥用市场支配地位行为的关键必要前提。虽然《反垄断法（2022）》关于认定市场支配地位的考虑因素并无变化，但是《滥用征求意见稿》紧随执法实践经验，一方面增加“市场集中度”作为分析相关市场竞争状况的考虑因素，另一方面围绕平台经济领域经营者，增加“交易金额”“控制流量的能力”两项认定平台经济领域经营者具有市场支配地位的考虑因素，使得市场支配地位认定更加完整细化。

市场集中度的常用指标包括赫芬达尔—赫希曼指数（HHI⁹）、行业集中度指数（CRn¹⁰），我国反垄断执法机构以往主要在经营者集中申报审查，特别是对存在竞争关注、很可能需附加限制性条件的申报案件分析中，较多通过使用HHI指数、CRn指数来测量或分析市场增量或市场集中度。近年来，随着平台经济领域反垄断执法日趋活跃，市场监管总局在目前公布的互联网平台企业滥用市场支配地位实施“二选一”垄断行为的行政处罚案件中，也已有通过分析特定时间段内、所涉相关市场的HHI指数、CRn指数，论证相关市场高度集中，从而认定当事人市场份额较为稳定，长期保持较强竞争优势。

同时，结合平台经济的特点，《滥用征求意见稿》进一步吸收入了《平台经济领域反垄断指南》中关于市场支配地位认定的考虑因素，即交易金额、控制流量的能力。该两项考虑因素在执法实践中同样均已有适用，交易金额为市场份额计算提供了除传统营业额之外的衡量标准，例如除了来源于平台服务、交易佣金、或营销推广的销售收入，还会考虑平台商品交易额这一电商企业的最核心指标；控制流量的能力则可为分析经营者的市场控制能力、其他经营者的交易依赖程度等提供直观依据，例如平台可能利用平台规则、算法等，限制平台内经营者的搜索排名及平台展示位置，而平台内经营者又难以放弃平台已积聚的庞大用户群体和巨大流量。

对于上述修订，考虑到传统行业与互联网等新兴行业愈发紧密融合、新经济业态发展层出不穷，在特定市场内具有相当竞争优势的传统行业及平台经济领域经营者都有必要予以关注。尤其是在新采取或调整可能对上下游产生明显影响的商业行为之前，企业有必要审慎评估并定期回顾更新对自身市场力量和地位的分析判断，从前提着手，避免引发滥用市场支配地位相关合规风险。

三、中止调查的合理适当保护

为完善执法机制，发挥执法合力，《滥用征求意见稿》对涉及滥用行为的反垄断执法调查程序性事项进行了修正和完善。例如，反垄断执法机构对滥用行为依法制作的行政处罚决定书中不再需要列明案件来源及调查经过，体现执法机构对投诉举报者的保护，有助于强化社会监督；明确省级市场监管部门在作出包括中止调查决定、行政处罚告知书在内的相关决定前，应当接受市场监管总局的指导和监督，进一步强化了市场监管总局对地方反垄断执法调查的统筹协调、监督指导，有助于统一执法工作。

⁹ Herfindahl-Hirschman Index 的缩写，指相关市场内各个竞争主体所占行业总收入或总资产百分比的平方和。

¹⁰ Concentration Ratio 的缩写，指相关市场内前 N 家最大的企业所占市场份额的总和。

此外，承诺制度是反垄断执法机构解决反竞争问题的一种有效方式，此次《滥用征求意见稿》第三十条第三款对于涉及承诺制度的中止调查相关条款的措辞也进行了调整。具体而言，对于反垄断执法机构就涉嫌滥用市场支配地位行为调查核实后，认为构成涉嫌滥用市场支配地位行为的情况，《滥用征求意见稿》将“不再接受经营者提出的中止调查申请”修改为“不得中止调查”。

在鼓励经营者尽早提出承诺的基础上，此前公布的《垄断案件经营者承诺指南》明确了经营者可在调查中、作出行政处罚事先告知前提出承诺；《上海市经营者反垄断合规指引》亦鼓励经营者在“被反垄断执法机构调查的过程中，在反垄断执法部门掌握足够认定违法行为的证据之前”尽早提出承诺。我们理解，承诺制度设置的目的在于鼓励涉嫌实施垄断行为的经营者在面对反垄断执法调查中主动采取措施、及早消除行为的不利影响，以保护市场公平竞争，同时避免浪费执法资源，实现双赢效果。由此，被调查人在中止调查过程中所提交的信息，也不宜作为认定相关行为是否构成垄断行为的证据。在鼓励经营者提出承诺、积极整改的政策方向下，我们认为，《滥用征求意见稿》似乎可以对此进一步明确，避免打击被调查人主动提交材料的积极性。

实践中，在经营者存在涉嫌滥用市场支配地位的行为而被反垄断执法机构调查或可能被调查的情况下，我们仍建议经营者尽早自愿提出承诺，申请中止调查，把握时间节点，降低被处罚的风险。

结语

在《反垄断法（2022）》紧跟时代变化发展进行修正的基础上，《滥用征求意见稿》对于涉及滥用市场支配地位行为的具体规定亦在持续补充和完善。我们预期，相关法规的落地尚需综合立法和执法实践以及经济发展的宏观需要。本文旨在结合我们的实践经验和观察，对《滥用征求意见稿》中的重点问题进行分析解读，以期为广大经营者密切跟进了解反垄断法立法与执法的最新动态、适时回顾调整合规举措提供有益参考。

重磅落地：五省级市场监督管理局将正式试点实施经营者集中简易案件审查

宁宣凤 柴志峰 王叶 赵飞燕

《经营者集中审查暂行规定》（暂行规定）明确国家市场监督管理总局（市场监管总局）可以委托省级市场监管部门实施经营者集中审查。2022年7月15日，市场监管总局公布《市场监管总局关于试点委托开展部分经营者集中案件反垄断审查的公告》（《公告》），正式公告有关试点委托北京、上海、广东、重庆、陕西等5个省（直辖市）市场监督管理部门（省级市场监管部门）实施部分经营者集中案件反垄断审查事项（“试点委托审查”）。试点省级市场监管部门及相关区域如下：

序号	试点单位	相关区域
1	北京市市场监督管理局	北京、天津、河北、山西、内蒙古、辽宁、吉林、黑龙江
2	上海市市场监督管理局	上海、江苏、浙江、安徽、福建、江西、山东
3	广东省市场监督管理局	广东、广西、海南
4	重庆市市场监督管理局	河南、湖北、湖南、重庆、四川、贵州、云南、西藏
5	陕西省市场监督管理局	陕西、甘肃、青海、宁夏、新疆

自2008年《反垄断法》（《反垄断法（2008）》或“旧法”）实施以来，反垄断执法机构收到的经营者集中申报数量、审结的经营者集中案件数量均呈整体递增趋势。其中，2021年收到经营者集中申报824起，审结727起，相较2020年同比分别增长58.5%和52.9%¹，相关案件数量显著高于往年。案件数量激增的背后，一方面体现了随着近两年反垄断执法力度的不断加大，企业的竞争合规意识不断增强；另一方面，也表明市场监管总局在着力提升审查效率与审查质量的同时，正在面临着与日俱增的案多人少带来的审核压力。

在此背景下，2022年市场监管总局正式开展试点委托审查工作。试点委托审查是我国反垄断执法机构为优化央地执法资源配置，充分发挥经营者集中审查的事先预防功能，进一步提升经营者集中反垄断审查效能的重要举措，也是市场监管总局首次尝试下放经营者集中审查权限至省级市场监督管理局，具有非常重要的引领和示范作用。

¹ 参见《中国反垄断执法年度报告（2021）》，国家反垄断局编。

本文谨以问答的形式，结合经营者集中申报中常见基本问题，围绕试点实施经营者集中简易案件审查中的委托事项、审查流程及其他相关问题作简要介绍，以供可能适用试点委托审查的经营者集中交易参考。

一、经营者集中申报基本问题

第一问：企业何时需要考虑经营者集中申报？

答：中国的经营者集中采取的是事先申报制度，企业在开展任何一项交易前，均需要审慎评估该项交易是否达到经营者集中申报标准。

依据目前现行法律法规，一项交易如果同时满足以下两个门槛，则必须在中国进行经营者集中申报。

1. 构成经营者集中

经营者集中一般包括如下基本类型：

- 经营者合并；
- 经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；
- 经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响；
- 新设合营企业，合营方对合营企业形成共同控制权的情形。²

2. 达到营业额标准

营业额标准为：

- 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；或者
- 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。³

值得注意的是，上述营业额标准将面临调整。依据 2022 年 6 月 27 日市场监管总局公布的《国务院关于经营者集中申报标准的规定（修订草案征求意见稿）》（《申报标准征求意见稿》）：

- 上述单个经营者的营业额标准拟从 4 亿提高到 8 亿元人民币，所有参与集中的经营者的合计营业额拟从中国境内的 20 亿提高到 40 亿元人民币，全球范围的 100 亿拟提高到 120 亿元人民币；

² 参见《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第二条，《关于经营者集中申报的指导意见》第四条。

³ 参见《国务院关于经营者集中申报标准的规定》第三条。

- 此外，依据《申报标准征求意见稿》，虽未达前述标准，但其中一个参与集中的经营者上一会计年度在中国境内的营业额超过 1,000 亿元人民币；且合并其他方或股权收购、资产收购、合同取得控制权中被取得控制权的一方市值（或估值）不低于 8 亿元人民币，并且上一会计年度在中国境内的营业额占其在全球范围内的营业额比例超过三分之一，也需事先进行集中申报。

目前，前述规定仍在公开征求意见阶段，营业额标准最终将如何确定尚有待相关规定正式落地。

第二问：达到经营者集中申报标准而未进行申报的法律后果？

答：相较旧法规定的最高 50 万元的罚款限度，《中华人民共和国反垄断法（2022 修正）》（《反垄断法（2022）》）第五十八条大幅提高对经营者集中应报未报的惩罚力度，并依据案件情况不同区分处罚标准，促进精细化执法，具体而言：

- 对于具有或者可能具有排除、限制竞争效果的未依法申报案件，反垄断执法机构可责令停止实施集中、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；
- 对于不具有排除、限制竞争效果的，处五百万元以下的罚款⁴；
- 此外，对于违法行为情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的，执法机关可以基于一般情形下罚款数额的二至五倍之间确定具体罚款数额。^{5 6}

二、试点委托审查详解之委托事项

第三问：哪些经营者集中案件将由省级市场监管部门试点审查？

答：依据《公告》，试点期间，市场监管总局将根据工作需要，将部分符合下列标准之一的适用经营者集中简易程序的案件委托试点省级市场监管部门负责审查：

- （一）至少一个申报人住所地在该部门受委托联系的相关区域（以下简称相关区域）的；
- （二）经营者通过收购股权、资产或者合同等其他方式取得其他经营者的控制权，其他经营者的住所地在相关区域的；
- （三）经营者新设合营企业，合营企业住所地在相关区域的；
- （四）经营者集中相关地域市场为区域性市场，且该相关地域市场全部或主要位于相关区域的；
- （五）市场监管总局委托的其他案件。

⁴ 参见《反垄断法（2022）》第五十八条。

⁵ 参见《反垄断法（2022）》第六十三条。

⁶ 更多有关经营者集中申报中的常见问题，请参见我们此前的文章《关于经营者集中申报基本问题 ABC》，https://mp.weixin.qq.com/s?src=11×tamp=1669869603&ver=4199&signature=s5714NxGw65T*fcPQ0zE8KZhfxbos5EkguzLUQVN-el*0Va-26VozlwM1Y4BvNk1E5JT8exu4Jb53IXAU0fb3V9r6yzNZNpayLWdznRxFzXeyNixNIPy1VrRs-3i90Z&new=1。

基于上述规定，只要符合上述任一标准，市场监管总局即可将相关案件委托对应的省级市场监管部门负责审查。但是，上述规定也可能导致管辖权撞车的情形，即一个交易可能同时符合两个或多个省级市场监管部门的审查条件。此类情形下，最终该案件将委托给哪个市场监管部门审查，《公告》中未进行明确规定。我们理解，市场监管总局在最终实际委托审查时或将考量各试点省级市场监管部门工作负荷、各委托标准与相关区域的紧密性等要素综合确定，具体如何安排尚有待未来审查实践中予以澄清。

第四问：如何判断是否为经营者集中简易案件？

答：根据《暂行规定》第十七条，满足以下条件之一可适用简易程序，可作为经营者集中简易案件进行申报：

- (1) 在同一相关市场，参与集中的经营者所占的市场份额之和小于百分之十五；在上下游市场，参与集中的经营者所占的市场份额均小于百分之二十五；不在同一相关市场也不存在上下游关系的参与集中的经营者，在与交易有关的每个市场所占的市场份额均小于百分之二十五；
- (2) 参与集中的经营者在中国境外设立合营企业，合营企业不在中国境内从事经济活动的；
- (3) 参与集中的经营者收购境外企业股权或者资产，该境外企业不在中国境内从事经济活动的；
- (4) 由两个以上经营者共同控制的合营企业，通过集中被其中一个或者一个以上经营者控制的。

需注意的是，依据《暂行规定》第十八条，符合上述条件但具有下列情形之一的经营者集中，不视为简易案件：

- (1) 由两个以上经营者共同控制的合营企业，通过集中被其中的一个经营者控制，该经营者与合营企业属于同一相关市场的竞争者，且市场份额之和大于百分之十五的；
- (2) 经营者集中涉及的相关市场难以界定的；
- (3) 经营者集中对市场进入、技术进步可能产生不利影响的；
- (4) 经营者集中对消费者和其他有关经营者可能产生不利影响的；
- (5) 经营者集中对国民经济发展可能产生不利影响的；
- (6) 市场监管总局认为可能对市场竞争产生不利影响的其他情形。

第五问：是否所有符合上述标准之一的经营者集中简易案件都将由省级市场监管部门试点审查？

答：依据以上《公告》相关规定，并非所有符合上述标准之一的经营者集中简易案件均将由省级市场监管部门负责审查，而只是其中的“部分”经营者集中简易案件将委托省级市场监管部门负责审查。至于正式试点委托审查中，具体哪些经营者集中简易案件虽符合试点委托审查标准但不会被实际试点委托审查，仍待未来在执法实务中予以明确。

第六问：如何判断是否为上述判断标准（一）中的“申报人”？

答：《关于经营者集中申报的指导意见》第十三条规定通过合并方式实施的经营者集中，参与合并的各方为申报义务人；其他方式的经营者集中，取得控制权的经营者为申报义务人。在同一案件中，申报义务人有两个或两个以上时，可以约定由其中一个经营者负责申报，也可以共同申报。申报义务人未进行集中申报的，其他参与集中的经营者可以提出申报。

基于前述规定，经营者合并中，申报人一般为参与合并的各方；股权收购、资产收购或通过合同等方式取得控制权的经营者集中交易中，申报人为取得控制权的经营者；新设合营企业中，申报人一般为取得控制权的各合营方。若前述各参与集中的经营者未作为申报人进行集中申报的，其他参与集中的经营者如标的公司、交易后保留控制权的原股东等也可作为申报人提出申报。

第七问：上述判断标准（一）（二）（三）中的“住所地”的含义？

答：上述标准中的（一）（二）（三）均以住所地为判断标准，根据《民法典》⁷《公司法》⁸和《公司登记管理条例》⁹等法律法规，公司的住所地为主要办事机构所在地，自然人的住所地为户籍地或者经常居住地。至于试点委托审查中反垄断执法机构具体将如何认定“住所地”尚待市场监管总局、受托负责试点审查的各省级市场监管部门在实务中予以明确，例如，“住所地”是否包括分支机构所在地；是仅以申报主体的住所地为判断标准，还是也能以申报主体所属的母公司或集团公司的住所地为判断标准；公司主要办事机构所在地不确定的，是否可参照民事诉讼法司法解释以法人或者其他组织的注册地或者登记地为住所地¹⁰等。

第八问：如何理解判断标准（四）中的“相关地域市场”？

答：相关市场界定及竞争分析是经营者集中申报审查中的核心内容，其中相关市场界定主要包括相关商品市场和地域市场两个界定维度。¹¹相关地域市场，是指需求者获取具有较为紧密替代关系的商品的地理区域。这些地域表现出较强的竞争关系，在反垄断法中可以作为经营者进行竞争的地域范围。从需求替代角度分析，界定相关地域市场一般需考虑商品价格、商品运输成本和运输特征、需求者选择商品的实际区域、经营者销售商品的区域分布、关税及地方性法规等地域间贸易壁垒等因素。从供给替代角度分析，界定相关地域市场一般需考虑其他地域的经营者对商品价格等的变化的反应，其他地域的经营者供应或销售相关商品的即时性和可行性等。

基于此，第（四）项标准中的相关地域市场为相对实质的判断标准。实务中，依据所涉及的商品或服务的辐射范围的不同，相关地域市场界定往往会有所不同。举例而言，就特定的解决方案市场而言，其相关地域市场可能界定为全球市场；就乘用车而言，其相关地域市场则多界定为国别市场。除全球或国别地域市场外，受限于产品或服务所能辐射的区域，实务中也可能在更小维度上界定相关地域市场。例如，集装箱运输港口/码头服务市场中，基于对展开竞争地域范围的分析，相关地域市场可能被界定为如东南沿海区域等特定区域。更小维度上，基于交易方的实际经营情况，城市天然气供应服务的相关地域市场可能被界定为特定的城市。进一步地，少数较特殊的产品或服务中，如部分超市市场中，相关地域市场甚至可能被界定为以特定店铺为中心、以一定距离为半径的商圈地域。

⁷ 《民法典》第二十五条 自然人以户籍登记或者其他有效身份登记记载的居所为住所；经常居所与住所不一致的，经常居所视为住所。《民法典》第六十三条 法人以其主要办事机构所在地为住所。

⁸ 《公司法》第十条 公司以其主要办事机构所在地为住所。

⁹ 《公司登记管理条例》第十二条 公司的住所是公司主要办事机构所在地。经公司登记机关登记的公司的住所只能有一个。公司的住所应当在其公司登记机关辖区内。

¹⁰ 《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第三条第二款 法人或者其他组织的主要办事机构所在地不能确定的，法人或者其他组织的注册地或者登记地为住所地。

¹¹ 当生产周期、使用期限、季节性、流行时尚性或知识产权保护期限等已构成商品不可忽视的特征时，界定相关市场还应考虑时间维度。在技术贸易、许可协议等涉及知识产权的反垄断执法工作中，可能还需要界定相关技术市场，考虑知识产权、创新等因素的影响。

三、试点委托审查详解之委托审查流程

根据《公告》，我们简要梳理委托审查流程如下图所示：



图：试点委托审查主要流程

第九问：向谁提交申报材料和商谈材料？

答：根据《公告》，符合委托条件的案件，申报人向市场监管总局申报。需申报前商谈的，申报人可以向市场监管总局申请商谈，也可以向试点省级市场监管部门申请商谈。也就是说，无论相关申报是否符合省级试点委托审查标准，申报人一律向市场监管总局递交申报，由市场监管总局进行委托，并转交申报材料。

就商谈而言，依据《经营者集中审查暂行规定》第十条，在正式申报前，经营者可以以书面方式就集中申报事宜向市场监管总局提出商谈的具体问题。常见的商谈内容可包括如交易是否需要申报、需要提交的申报文件资料、具体法律和事实问题、申报和审查程序等¹²。依据《公告》规定，申报前商谈既可由申报人向市场监管总局申请，也可直接向试点省级市场监管部门申请。

第十问：立案和材料审核程序有何规定？

答：如上文所述，委托审查案件将仅限于部分简易程序案件。当前，市场监管总局审查简易程序案件的大致流程为：申报方提交申报材料后，市场监管总局会先进行预审查，待材料齐备后立案，并在立案后进行挂网公示，公示期为10日。

¹² 《关于经营者集中申报的指导意见》第十一条。

正式立案后，市场监管总局将依法进行三十日初步审查，作出是否实施进一步审查的决定。虽然相关法律法规没有明文规定，但是根据我们以往的申报经验，如果提交的材料符合简易程序的要求，且市场监管总局按照简易程序接受所提交的材料并予以立案，简易程序案件一般会在初步审查阶段审批通过。

我们理解，试点工作正式开展后，省级市场监管部门在简易案件审查程序上不会有实质性变化，仅在案件流程上略有变化，例如：立案在试点省级市场监管部门网站公示，市场监管总局官方网站将及时发布立案链接；试点省级市场监管部门需向市场监管总局报送审查报告，提出审查意见，由市场监管总局在审核试点省级市场监管部门审查报告和审查意见基础上作出审查决定。

第十一问：文书如何流转？

答：根据《公告》，试点省级市场监管部门负责将立案情况书面通知申报人、负责将审查决定书等审查文书送达申报人。审查决定书加盖市场监管总局反垄断专用印章，其他审查文书加盖试点省级市场监管部门印章，并在文书中注明“受国家市场监督管理总局委托”。

经营者集中简易案件中的常见审查文书一般包括要求经营者补充文件、资料的通知书，立案通知书，是否实施进一步审查的决定书等。依据《公告》相关规定，最终审查决定由市场监管总局作出，审查决定书相应加盖市场监管总局反垄断专用印章；除审查决定书外的其他审查文书，加盖试点省级市场监管部门印章，并在文书中注明“受国家市场监督管理总局委托”。立案通知书、审查决定书等审查文书均由试点省级市场监管部门负责送达。

第十二问：何种情形会终止委托？

答：根据《公告》，符合下列情形的委托案件，试点省级市场监管部门应当及时报市场监管总局，并将相关材料移送市场监管总局，市场监管总局将及时终止委托：

- (1) 被委托的案件不符合简易案件申报标准的；
- (2) 交易在申报前或在审查决定作出前已经实施，属于违法实施经营者集中的；
- (3) 被委托的案件未达申报标准，且当事方申请撤回申报的；
- (4) 交易已经取消或交易发生重大变化，当事方申请撤回申报的；
- (5) 市场监管总局认为其他应当终止委托的情形。

其中，上述第一种情形，通常是由于审查过程中，相关市场细分或补充界定其他相关市场，导致交易方市场份额超出简易案件适用标准，而不再适用简易程序。基于《公告》，试点省级市场监管部门在被委托案件不符合简易案件申报标准后，需将案件移送给市场监管总局。考虑到上述执法机关内部流转所需时间，以及申报方从简易程序转为普通程序申报所需的额外材料准备时间，我们建议，申报企业在申报材料准备过程中，就需要谨慎评估交易方在所有可能的相关市场及其细分市场的市场份额，避免因审查过程中发现无法适用简易程序，而导致审查时限的耽搁，以及对交易交割时间可能带来的不利影响。

上述第二种情形，明确未依法申报案件仍将由市场监管总局进行审查或调查。对于何种情形构成“实施”集中，2022年6月27日市场监管总局公布的《经营者集中审查规定（征求意见稿）》第五十五条第三款首次予以定义：实施集中，是指取得对其他经营者的控制权、或者对其施加决定性影响的行为，包括但不限于完成股东或者权利变更登记、委派高级管理人员、实际参与经营决策和管理、与其他经营者交换敏感信息、实质性整合业务等。上述概念在实践中具体如何运用，例如，为尽调目的收集信息是否属于交换敏感信息等，仍有待于规定正式落地以及执法实践予以明确。

四、试点委托审查详解之其他问题

第十三问：省级市场监管部门在申报材料上有无特殊规定？

答：《公告》中未提及对申报材料的特殊规定，因此我们理解省级市场监管部门在申报材料要求上没有特殊规定，与市场监管总局文件要求一致，需要提交的文件、材料包括：申报书、集中对相关市场竞争状况影响的说明、集中协议、上一会计年度财务会计报告以及市场监管总局规定的其他文件、资料等。申报文件资料应同时提交公开版本和保密版本。

第十四问：省级市场监管部门在审查时限上有无特殊规定？

答：《公告》中未提及对审查时限的特殊规定，因此我们理解省级市场监管部门在审查时限上无特殊规定。

我们注意到，近年来，市场监管总局经营者集中申报收案数量虽呈逐年上升态势，但其一直保持较高的审查效率，尤其是针对简易案件，平均审查时限逐年缩短。待试点工作正式开展后，五个省级市场监管部门可在很大程度上缓解市场监管总局案多人少的压力，案件由省级市场监管部门分散审查后，预期可进一步缩短简易案件审查期限、提高审核效率。

第十五问：省级市场监管部门何时正式收案？

答：依据《公告》，试点期限为2022年8月1日至2025年7月31日，试点委托审查于2022年8月1日起正式施行。

结语

此次试点省级市场监管部门实施经营者集中简易案件审查是市场监管总局的探索创新之举，有助于发挥地方力量共同做好反垄断工作，促进反垄断执法机构纵向深度融合，在优化执法资源配置的同时将持续提升审查效率。同时，《公告》指出“市场监管总局将加强对试点省级市场监管部门的指导，试点省级市场监管部门将按照市场监管总局制定的统一规则开展审查工作”，因此预期本次在市场监管总局指导并制定统一规则下开展的试点委托审查既可有效缓解近年来经营者集中案件数量大幅增加给市场监管总局带来的审核压力，也可有效利用市场监管总局积累的丰富执法经验、保证审查质量。

对申报方而言，由省级市场监管部门审查经营者集中简易案件，预期可进一步缩短简易案件的审查时限。同时，省级市场监管部门负责审查相关案件，可为申报方提供一定的审查便利，例如，申请和省级市场监管部门的会议，就交易描述、市场界定等申报材料中的问题进行现场解释和说明等。未来，试点审查工作具体将如何开展，我们拭目以待。

反垄断修法深度解析系列（一）

——概览篇

刘成 李雨濛 朱群飞

2022年6月24日，全国人民代表大会常务委员会作出《关于修改〈中华人民共和国反垄断法〉的决定》（《反垄断法（2022）》），首次对《反垄断法》（2008年8月1日施行）（《反垄断法（2008）》）进行修正。紧随其后（6月27日），国家市场监督管理总局公布了对一系列配套法规的征求意见稿，在新法背景下对执行层面的具体问题进行了细化。8月1日，《反垄断法（2022）》正式施行。

本系列文章将对本次修法情况进行深度解读。在本文中，我们将对修法重点内容从六大方面进行概览性介绍，并探讨新旧法衔接问题。

一、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

《反垄断法（2022）》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¹。

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，逐步清理废除妨碍全国统一市场和公平竞争的规定和做法。截至2021年9月，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。

本次反垄断法修正，将公平竞争审查制度明确入法，将有助于在国家立法层面进行整体部署，全面推进公平竞争审查制度的落实。这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、加强平台经济监管，明确相关制度在平台经济领域具体适用

《反垄断法（2022）》体现出了对平台经济领域的加强监管态势。首先，在总则部分新增规定，“经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事本法禁止的垄断行为。”³对于具体的垄断行为，《反垄断法（2022）》在垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中方面的立法变化，将使平台企业面临新的反垄断合规挑战。具体而言：

¹ 参见第5条。

² 参见《人民日报》“市场公平竞争秩序稳步向好”，http://www.gov.cn/xinwen/2021-09/29/content_5639941.htm

³ 参见第9条。

在垄断协议方面，《反垄断法（2022）》新增规定，“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。”⁴并明确组织者、帮助者的法律责任与达成和实施垄断协议的经营者责任相同⁵。本次反垄断法修正，从立法层面为平台领域轴辐协议的执法提供更明确的法律依据。在平台语境中，由于平台内的经营者较为容易达成协同行为，平台应特别注意，避免被认定为对平台内经营者达成横向垄断协议进行了组织或提供了实质性帮助。

在滥用市场支配地位部分，《反垄断法（2022）》在既有的禁止滥用行为规定的基础上进一步明确“具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事前款规定的滥用市场支配地位的行为”。⁶同时，《禁止滥用市场支配地位行为规定（征求意见稿）》新增了“自我优待”行为⁷。可以预见，反垄断执法机构将加大对平台经济领域特殊的新型滥用市场支配地位行为的监管。

在经营者集中部分，《反垄断法（2022）》首次在法律层面明确了反垄断执法机构对于“未达到国务院规定申报标准”、“但有证据证明其具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中”具有主动调查权⁸。该条款可用于针对“猎杀式并购”进行监管。同时，《关于经营者集中申报标准的规定（修订草案征求意见稿）》⁹拟新增申报门槛标准，可以用于规制收购方为超大型平台企业，目标公司虽然营业额没有达到申报门槛，但市值较高的并购活动。上述立法变化这一新标准反映了执法机构对收购“专精特新”企业等的高度关注。

上述立法变化将对平台经济反垄断合规带来新的挑战。

三、进一步澄清垄断协议认定规则，“安全港”为企业带来更多确定性

对于垄断协议的认定，首先，从整体体例上，《反垄断法（2022）》将垄断协议的法律定义从原有的第十三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，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。

在垄断协议部分，除上述提及的增加有关组织、帮助达成垄断协议的认定外，关于纵向垄断协议认定标准的澄清特别值得关注：

《反垄断法（2022）》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¹⁰，为企业提供了更多的抗辩空间。但是，对于经营者应如何证明纵向垄断协议不具有排除、限制竞争的效果，仍有待后续的立法和实践予以明确。

《反垄断法（2022）》从立法层面设立了“安全港”制度¹¹，即如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，并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的，则其相关纵向协议不予禁止。根据《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》，安全港的标准可能设置为15%¹²。但安全港的适用范围、适用条件仍有待进一步明晰。

垄断协议，特别是纵向垄断协议部分，其立法变化特

⁴ 参见第19条。

⁵ 参见第56条。

⁶ 参见第22条。

⁷ 2022年6月27日国家市场监督管理总局发布。参见第20条。

⁸ 参见第26条。

⁹ 2022年6月27日国务院发布，其中第4条规定，“经营者集中未达到本规定第三条规定的申报标准，但同时满足下列条件的，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）其中一个参与集中的经营者上一会计年度在中国境内的营业额超过1000亿元人民币；

（二）本规定第二条第（一）项所规定的合并其他方或第二条第（二）项和第（三）项所规定的其他经营者市值（或估值）不低于8亿元人民币，并且上一会计年度在中国境内的营业额占其在全球范围内的营业额比例超过三分之一。”

¹⁰ 参见第18条第2款。

¹¹ 参见第18条第3款。

¹² 2022年6月27日国家市场监督管理总局发布。参见第15条。

别值得深入探讨。

四、完善经营者集中制度，高效深入监管

《反垄断法（2022）》对经营者集中制度进一步完善，体现出了对于可能具有排除、限制竞争效果的交易将加强监管，同时进一步提高无反竞争效果的交易审查效率。具体而言：

- 《反垄断法（2022）》在立法层面新增有关健全经营者集中分级分类审查制度的要求。我们预计，金融、传媒、科技、民生等领域可能纳入重点监管范围。而与此同时，《反垄断法（2022）》进一步强调“提高审查质量和效率”¹³。据了解，国家反垄断局已经着手建立经营者集中分级审查制度，包括可能将部分案件的审查工作授权给省级反垄断执法机构负责。2021年，适用简易程序申报的案件，在立案后平均14天即可以取得批准。伴随着经营者集中审查人员力量的充实，希望对于适用简易程序的申报案件的审查效率可进一步提高。
- 从申报程序角度，引入停钟制度，明确其适用的具体情形¹⁴。这将有助于一些较为复杂的案件，特别是附条件批准案件中，解决撤回重新申报问题。但与此同时，停钟制度的引入也可能会对整体审查时间造成一定的不确定性。
- 配套规定《经营者集中审查规定（征求意见稿）》¹⁵对实施集中等概念进一步明晰。具体而言，在经营者集中获得批准之前，企业下述行为会被认为构成“抢跑”：完成股东或者权利变更登记、委派高级管理人员、实际参与经营决策和管理、与其他经营者交换敏感信息、实质性整合业务等取得对其他经营者的控制权或者施加决定性影响的行为。

此外，如上所述，《反垄断法（2022）》进一步完善未达到申报标准的经营者集中的调查程序，加强对“猎杀式并购”的监管。

五、强调反垄断司法重要性，引入公益诉讼制度

《反垄断法（2022）》在总则部分提出要“加强反垄断执法司法，依法公正高效审理垄断案件，健全行政执法和司法衔接机制”¹⁶，强调了反垄断司法的重要性。

同时，新增民事公益诉讼机制，明确经营者实施垄断行为，侵害社会公共利益的，设区的市级以上人民检察院可以依法向人民法院提起民事公益诉讼¹⁷。对于受到垄断行为侵害的个人消费者或中小型企业，由于缺乏足够的资源，往往无法利用反垄断诉讼有效保护自身的权益。公益诉讼制度的引入，将使受到反垄断行为侵害的普通消费者或中小企业有机会获得更好的司法救济。

此外，明确对于行政决定不服的救济程序，即先申请行政复议，对行政复议决定不服的，可以提起行政诉讼¹⁸。如我们在《中国反垄断2021反垄断年度回顾》¹⁹中所述，目前有多起反垄断诉讼正在进行中，非常值得后续关注。伴随着反垄断法诉讼制度的完善，反垄断诉讼将进一步为企业有效参与市场竞争提供助力。

六、大幅提升罚则，违法成本显著提高

《反垄断法（2022）》大幅提高了对经营者集中和垄断协议违法行为的罚款金额。同时，对于情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的情形，反垄断执法机关可以处以2倍以上5倍以下罚款金额；此外，新增了对垄断协议组织者、帮助者的责任以及垄断协议中的个人责任。

相关违法责任前后总结如下：

¹³ 参见第37条。

¹⁴ 参见第32条。

¹⁵ 2022年6月27日国家市场监督管理总局发布。参见第4条。

¹⁶ 参见第11条。

¹⁷ 参见第60条。

¹⁸ 参见第55条。

¹⁹ <https://mp.weixin.qq.com/s/j92YXpZnQgSofys4x83Z2w>

处罚行为		《反垄断法（2008）》	《反垄断法（2022）》	
经营者集中	违法实施集中	50 万元以下罚款	<ul style="list-style-type: none"> 具有排除、限制竞争效果的，处上一年度销售额 10% 的罚款； 不具有排除、限制竞争效果的，处 500 万元以下的罚款。 	
	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。 	
垄断协议	达成但尚未实施垄断协议的	50 万元以下的罚款	300 万元以下的罚款	情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的，可以按照左侧规定的罚款数额的 2 倍以上 5 倍以下确定具体罚款数额（该条也同样适用于滥用行为的处罚）
	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	无	适用上述达成并实施以及达到但尚未实施垄断协议的罚则	
	对达成垄断协议负有个人责任（法定代表人、主要负责人和直接责任人员）	无	100 万元以下	
	行业协会组织经营者达成垄断协议	50 万元以下	300 万元以下	
	滥用市场支配地位	没收违法所得；处为上一年度销售 1-10% 罚款		
拒绝、阻碍调查行为	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、转移证据等。	<ul style="list-style-type: none"> 个人：10 万元以下； 单位：100 万元以下。 	<ul style="list-style-type: none"> 个人：50 万元以下； 单位：上一年度销售额 1% 以下罚款；没有销售额或者销售额难以计算的，500 万元以下罚款。 	

除传统的行政处罚、民事诉讼以外,《反垄断法(2022)》增加了刑事责任、以及信用惩戒等违法行为纠正和监督方法,具体包括:

纠正方法	条文内容
新增刑事责任	违反本法规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任。
新增信用惩戒制度	经营者因违反本法规定受到行政处罚的,按照国家有关规定记入信用记录,并向社会公示。
新增行政垄断的后续监管	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。

在《反垄断法(2022)》生效后,企业将面临更为显著的违法成本以及不断加强的执法趋势,同时企业的高管可能需要承担更高的个人责任。因此企业需要对反垄断合规给予高度的重视,依据反垄断法评估自身业务经营合法性,通过制定和完善企业合规政策体系和文本制度、设立反垄断合规部门或负责人、开展反垄断合规培训和日常咨询等方式加强企业合规建设工作。

七、有关新旧法的衔接问题

《反垄断法(2022)》于2022年8月1日起生效,基于前述新法的重大修订内容(尤其是罚则显著提升),企业对于其既往行为是适用《反垄断法(2022)》还是《反垄断法(2008)》的问题十分关注。我们梳理以下可能情况,以供参考。

(一) 经营者集中的新旧法适用

根据我国《立法法》规定的“法不溯及既往”原则,法律在原则上只向后发生效力而不能追溯适用于其生效之前的行为。因此,对于新法实施前发生的行为,且违法状态已经终止,则应当适用旧法规定。以涉嫌违法实施的经营者集中交易为例,如果交易方在新法生效前已经退出交易或者通过放弃某些权利事项等方式导致不再具有控制权,则我们理解,有理由主张适用旧法,并受行政处罚两年“追诉时效”限制。

但是,如果交易方一直持续拥有目标公司的控制权,通常很可能会被视为具有“持续违法”的状态。对于该种“持续违法”状态的未依法申报案件,在新法生效后,我们理解不能排除新法的适用(尽管如此,在新法实施前反垄断执法机构已经进行立案审查的,则可能仍可以主张适用旧法)。

(二) 垄断行为的新旧法适用

与经营者集中情况相似,对于垄断行为的新旧法适用,需要考虑违法行为状态(终结或持续)以及被反垄断执法机构立案调查的情况。对于新法实施前已经结束违法状态的垄断行为或者反垄断执法机构已经进行立案调查的垄断行

为，应可主张适用旧法。但是，如果违法行为持续到新法生效后，则执法机关可能将适用新法予以处罚。

结语

如上所述，《反垄断法（2022）》进一步强调竞争政策基础地位，完善监管规则，并大幅提高处罚力度。可以看到，新法生效后，反垄断执法更加高效、细致、专业和常态化。

新法为企业的反垄断合规带来更高要求的同时，也在一定程度上为企业经营提供了更好的确定性。建议企业进行充分自查，修正和解决在新法下可能存在的反垄断问题，同时进一步补充和完善合规体系。

反垄断修法深度解析系列（二）

——平台经济监管篇

刘成 李雨濛 王梦真

2022年6月24日，全国人民代表大会常务委员会作出《关于修改〈中华人民共和国反垄断法〉的决定》（《反垄断法（2022）》），首次对《反垄断法》（2008年8月1日施行）进行修正。紧随其后（6月27日），国家市场监督管理总局（市监总局）公布了对一系列配套法规的征求意见稿，在新法背景下对执行层面的具体问题进行了细化。8月1日，《反垄断法（2022）》正式施行。

本篇文章为就本次修法进行深度解析的系列文章之二。前文概览篇对法律主要修改进行了总结。如前文所述，此次《反垄断法（2022）》体现出了对平台经济领域的加强监管态势。首先，在总则部分新增规定，“经营者不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事本法禁止的垄断行为。”¹对于具体的垄断行为，《反垄断法（2022）》在垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中方面的立法变化，将使平台企业面临新的反垄断合规挑战。

一、新增轴辐协议规定，平台应避免组织、帮助达成垄断协议

《反垄断法（2022）》新增规定，“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。”²同时，明确组织者、帮助者的法律责任与达成和实施垄断协议的经营者责任相同³。

在反垄断法修正之前，《关于平台经济领域的反垄断指南》⁴（《平台指南》）、《北京市平台经济领域企业反垄断合规指引》⁵已对平台经济领域的轴辐协议提示相关风险。本次反垄断法修正，从立法层面为将来平台经济领域轴辐协议的执法提供更明确的法律依据。

（一）平台经济领域轴辐协议的认定

在平台经济领域，平台与平台内经营者具有纵向关系和更便利的信息交流条件。同时，由于平台规则和算法通常对于平台内经营者具有一致性，以平台规则和算法作为纽带，平台上的商户更容易达成协同行为。对此，《平台指南》指出，分析平台领域的垄断协议，可以考虑平台内经营者之间是否利用技术手段、平台规则、数据和算法等方式，达成、实施垄断协议，包括协同行为⁶。

¹ 具体参见第9条。

² 具体参见第19条。

³ 具体参见第56条。

⁴ 2021年2月，国务院反垄断委员会印发。

⁵ 2021年12月7日，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对外发布。

⁶ 具体参见《平台指南》第6条、第8条。

案例解读：某境外在线旅游预订平台（OTA 平台）实施垄断协议案⁷

OTA 平台通过其平台的内部通讯系统，向 30 家线上旅游代理商要求他们将各自的折扣率控制在 3% 以下，而超过 3% 的折扣优惠，将通过系统的平台规则自动调整为 3%。部分旅行社在收到该信息后，将折扣设定为 3%。

在该案中，欧盟法院认为对于将折扣设定为 3% 的旅行社，其已知晓了该涉嫌违法的信息，并且并未公开表示不参与该违法行为，推定其具有共谋的合意；故该等旅行社在 OTA 平台的组织下参与和施行了协同行为，将折扣设定为 3%，构成价格合谋。

在该案中，该 OTA 平台同样被认定为参与垄断行为并遭受处罚。

基于《反垄断法（2022）》和《平台指南》，并参考目前境外的执法实践，我们理解，以下因素将可能成为未来执法过程中认定平台轴辐协议的考察重点⁸：

- 平台内的经营者达成了横向垄断协议，如平台内经营者通过统一的算法和平台规则等从事了协同行为；
- 平台对平台内经营者达成横向垄断协议起到了组织作用或提供了实质性帮助。

同时，在平台语境中，由于平台内的经营者较为容易达成协同行为，平台应特别注意，避免被认定为对平台内经营者达成横向垄断协议进行了组织或提供了实质性帮助。

（二）平台应避免组织、帮助平台内经营者达成横向垄断协议

《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》（《协议征求意见稿》）⁹明确了“组织”“实质性帮助”具体包含的情形。针对平台经济领域可能的具体应用场景，我们提示如下：

《协议征求意见稿》的规定		平台行为示例
“组织”包含的情形	轴心企业不属于垄断协议的协议方，但在垄断协议达成或者实施过程中，对协议的主体范围、主要内容、履行条件等具有决定性或者主导作用；	比如，平台对平台内经营者的自主定价进行干预，对其平台内经营者的价格、价格涨幅或折扣幅度等，提供统一的计算公式。
	轴心企业与多个交易相对人签订协议，故意使具有竞争关系的交易相对人之间通过该经营者进行意思联络或者信息交流，达成横向垄断协议。	比如，平台接受平台内经营者的价格、销量、市场计划等竞争性敏感信息，并传递给平台内其他经营者，使得平台内经营者实现价格或其他市场行为的协同。

⁷ 参见欧盟法院判决，案件号：Case C-74/14，<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=173680&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=523288>。

⁸ 目前，除针对行业协会外，我国对轴辐协议问题尚没有明确的执法案例。参考境外案例及研究报告（如美国向世界经合组织 OECD 提交的“竞争视角下的轴辐协议”圆桌会议报告，欧盟向世界经合组织 OECD 提交的“竞争视角下的轴辐协议”圆桌会议报告）。

⁹ 2022 年 6 月 27 日国家市场监督管理总局发布，参见第 17 条。

《协议征求意见稿》的规定		平台行为示例
“实质性帮助”	对垄断协议达成或者实施提供支持，且与排除、限制竞争具有因果关系并且作用显著的行为。	<p>目前，对于“提供支持”“因果关系”以及“作用显著”的认定尚没有清晰的标准。</p> <p>但是，我们理解，该条款在未来可能用于规制“默许共谋性”轴辐协议，即经营者通过算法可以追踪竞争对手的价格等敏感信息的变动幅度，并通过有意识的平行行为，进行价格追涨等横向垄断行为。</p> <p>此外，为相关经营者提供追价便利的平台（如该平台提供算法、或平台上经营者的价格信息等），由于其为垄断行为的达成提供了支持，具有因果关系并且作用显著，该平台可能会被认定为提供了“实质性帮助”。</p>

合规提示：

平台内的经营者较为容易通过统一的算法、平台规则、或通过与平台之间的意思交流达成协同行为。为此，平台应特别注意：

- (1) 避免对平台内的经营者发布任何统一的定价算法或政策，包括但不限于，向平台内经营者提供有关价格计算、价格涨幅计算或折扣幅度计算等公式，或发布有关统一调整价格、价格幅度、折扣幅度的平台规则；
- (2) 应避免组织平台内经营者进行竞争性敏感信息交换，或成为平台内经营者竞争性敏感信息交换的中介。对平台内经营者的竞争性敏感信息，如价格、销量、客户信息、市场计划等，如果平台获取了相关信息，平台应避免向平台内其他经营者交流或提供；
- (3) 同时，对于自营平台上的产品应自主定价。第三方平台上的产品信息应与自营平台的信息进行隔离。

二、提示平台经济领域新型滥用行为合规风险，企业应审慎评估

在滥用市场支配地位部分，《反垄断法（2022）》在既有的禁止滥用行为规定的基础上进一步明确“具有市场支配地位的经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等从事前款规定的滥用市场支配地位的行为”。¹⁰

平台企业滥用市场支配地位的行为认定仍然是在现有的法律框架之下进行的，即认定具有市场支配地位、实施滥用行为以及行为具有排除、限制竞争效果。但是，由于互联网行业的特殊性，其通过利用算法、技术和平台规则，具体的滥用行为有着更复杂的表现形式。下述平台经济领域特有的滥用行为，可能存在较高的合规风险，我们特别提示如下：

（一）“二选一”

2021年，反垄断执法机构已针对国内某网络零售平台企业¹¹、某餐饮外卖企业¹²、上海某餐饮外卖企业¹³的“二选一”行为进行处罚。自2019年年底，市监总局先后约谈20多家平台企业，要求进行反垄断自查合规。¹⁴我们注意到，

¹⁰ 具体参见第22条。

¹¹ 参见：https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202104/t20210410_327702.html。

¹² 参见：https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202110/t20211008_335364.html。

¹³ 参见：https://www.samr.gov.cn/jzxts/tzgg/xzcf/202104/t20210412_327737.html。

¹⁴ 参见：http://www.gov.cn/xinwen/2019-11/05/content_5449039.htm。

相关平台企业均承诺了不从事“二选一”行为¹⁵。

除《反垄断法》从滥用角度对“二选一”进行规制外，《反不正当竞争法》、《禁止网络不正当竞争行为（征求意见稿）》¹⁶、《电子商务法》¹⁷、《网络交易监督管理办法》¹⁸均提示了平台不应从事“二选一”行为。即，从目前的监管态势来看，“二选一”行为是平台企业的红线。

值得注意的是，除了通过合同方式，要求平台内的经营不得与竞争对手进行交易外，还可以通过如下方式达成“二选一”安排：

- 平台经营者通过屏蔽店铺、搜索降权、流量限制、技术障碍、扣取保证金等惩罚性措施，限制平台内不遵守“二选一”要求的经营者在平台上从事经营活动；
- 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，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；以及
- 最低数量限制，例如要求平台内的经营者至少 80% 的产品需要在其平台上进行销售。

（二）自我优待

《禁止滥用市场支配地位行为规定（征求意见稿）》（《滥用征求意见稿》）¹⁹新增了“自我优待”行为，并列其具体变相形式，包括与平台内经营者竞争时，对自身给予下列优惠待遇：

- 对自身商品给予优先展示或者排序；
- 利用平台内经营者的非公开数据，开发自身商品或者辅助自身决策。

同时，指出自我优待可能存在如下“正当理由”：

- 基于公平、合理、无歧视的平台规则实施的展示或者排序；
- 符合正当的行业惯例和交易习惯；
- 能够证明行为具有正当性的其他理由。

自我优待行为，是经营者利用市场力量对自己的产品予以特殊的优惠政策，以进一步提高自身市场地位。自我优待行为在一定程度上存在合理性，如某些境外法官认为，“自我优待只是利用自己的竞争优势，而不是基于自身支配地位的滥用，企业没有义务使用自己的资源补贴竞争对手。”²⁰ 尽管如此，在某些情况下，特别是存在双边市场的情况下，

¹⁵ 参见：https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202104/t20210413_327811.html。

¹⁶ 具体参见第 13 条、第 19 条。

¹⁷ 具体参见第 35 条。

¹⁸ 具体参见第 32 条。

¹⁹ 2022 年 6 月 27 日国家市场监督管理总局发布。具体参见第 20 条。

²⁰ 参见 Bo Vesterdorf, Theories of self-preferencing and duty to deal- two sides of the same coin?, Competition Law& Policy Debate, Vol.1, Issue 1, Feb. 2015. 转引自陈永伟：《自我优待：怎么看和怎么办》，载《经济观察报》第 036 版，2020 年 12 月 21 日。

竞争者可能利用其在一边市场上的绝对市场优势，在关联市场中不断挤压其他竞争者，严重排除、限制关联市场中的竞争。

案例解读：某搜索引擎平台购物比价服务案²¹

2017年6月，欧盟委员会（欧委会）对某搜索引擎平台A公司非法优待其自身的购物比价服务，处以高额罚款。A公司利用其在通用搜索引擎市场上的优势，在用户搜索过程中，将A公司自身的购物比价服务置于比其他竞争对手更优先的位置。

欧委会认为，（1）A公司在通用搜索引擎市场上具有市场支配地位和极大的竞争优势；（2）用户在使用搜索结果时通常集中在排名前几的搜索结果；（3）搜索引擎平台的购物比价服务所产生的流量所占比例很大，无法被其他流量渠道有效替代。综上，欧委会认定A公司利用其在通用搜索引擎平台的市场力量，“自我优待”其自身比价服务，严重排除、限制了其他比价服务的竞争，构成滥用市场支配地位。

我国目前尚没有针对自我优待行为的公开调查和处罚案例。但是，《滥用征求意见稿》新增这一行为，表明自我优待行为已进入监管者的重点关注范畴。平台企业需要对可能存在的自我优待行为审慎评估。

（三）平台封禁

目前平台间的封禁行为，主要为平台之间互相封闭API接口（应用程序编程接口），使得用户在不同的平台之间无法实现跳转或分享。平台封禁行为是平台企业对自身流量、数据的一种控制行为，从反垄断法的角度，可能构成拒绝交易。

《平台指南》指出，分析是否构成拒绝交易，可以考虑“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”；或者“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”。²²因此，在认定平台封禁行为的过程中，可能需要对该平台掌握数据的能力（如是否构成必需设施）、其他经营者是否有替代性渠道、交易条件是否合理、以及拒绝交易是否有合理理由（如数据保护）等进行综合考虑。

案例解读：美国某大型社交平台公司滥用市场支配地位案²³

美国联邦贸易委员会（FTC）在对美国某大型社交平台公司F公司滥用市场支配地位的指控中，指控F公司屏蔽竞争对手应用访问其API，限制某些第三方应用程序对其平台的访问权限。美国哥伦比亚特区联邦地区法院基于FTC未能证明F公司具有市场支配地位而驳回了FTC的指控。但是，针对平台封禁行为，法院给出了下述指引：

法官认为，具有市场支配地位的经营者，尽管不承担一般性的不得拒绝交易的义务，但是在符合下述三个条件的情况下，拒绝交易行为会具有违法性：

- 首先，该种交易在垄断者和竞争对手之间，曾经自愿发生过，但垄断者后来拒绝与该竞争对手进行交易；

²¹ 欧委会决定案件号：AT.39740。

²² 具体参见第14条。

²³ 参见：FTC v. Facebook, Inc., No. 20-3590 (JEB), slip op. at 1 (D.D.C. June 28, 2021)。

- 其次，该拒绝交易行为中，垄断者拒绝提供的产品和服务，是垄断者同时在向市场上其他同等条件的客户进行提供的；
- 最后，也是最为重要的一点，垄断者终止原先进行交易行为的目的，是为了实现反竞争的目的而牺牲自身的短期利益。

我国目前尚未有对平台封禁行为的公开反垄断调查和处罚。但是，在民事诉讼方面，已有平台企业间就平台封禁行为向法院提起反垄断诉讼²⁴。工信部于2021年9月也曾召开行政指导会议，要求互联网平台企业之间不得实施链接屏蔽，强制要求平台之间实现互联互通。可以预期，平台封禁未来会成为反垄断领域的重点关注行为。

（四）大数据杀熟

“大数据杀熟”是指经营者通过消费者数据的收集、分析，判断消费者的个人消费偏好，利用忠诚客户的路径依赖和信息不对称，就同一商品或服务向其索取高于新用户的售价，从反垄断法角度有可能构成差别待遇行为。

虽然“大数据杀熟”的反竞争效果具有一定的不确定性（其一方面可能减少信息不对称带来的交易成本，通过定价策略增加销量；但另一方面可能会减少消费者剩余，降低消费意愿），从反垄断法执法角度可能需要进行效果评估。但是，从消费者保护角度，《互联网信息服务算法推荐管理规定》²⁵、《互联网平台落实主体责任指南（征求意见稿）》²⁶等均提示平台企业不应从事大数据杀熟行为。

目前，暂没有针对大数据杀熟的已经公开的行政处罚。但是，我们注意到，2021年4月8日，广州市市场监管局已就“大数据杀熟”问题，与相关平台企业召开行政指导会²⁷。同时，也有新闻报道称反垄断执法机关正在针对某些平台的定价机制以及大数据杀熟问题展开调查。

此外，《反垄断法（2022）》对于垄断行为（包括达成、实施垄断协议和滥用市场支配地位）加大了处罚力度，并增加了个人责任等。²⁸

合规提示：

平台企业应适时评估其市场地位，对于市场行为审慎评估。特别地：

- （1）避免从事“二选一”或其他限定交易行为，包括变相的“二选一”，如最低数量限制，或利用技术优势对于不遵守要求的商户，设置更高的佣金费率、设置不合理签约排队时间、不予上线、搜索降权、取消重大权益等；
- （2）避免从事大数据杀熟行为，或协助平台内的竞争者从事大数据杀熟行为；
- （3）对于拒绝交易、平台封禁行为，包括屏蔽其他平台经营者的软件接入，应根据具体场景，是否有正当理由等，审慎评估；

²⁴ 参见：<https://finance.sina.com.cn/chanjing/gsnews/2021-02-07/doc-ikftssap4640604.shtml>。

²⁵ 具体参见第21条。

²⁶ 具体参见第20条。

²⁷ 参见 <https://baijiahao.baidu.com/s?id=1696470349310510557&wfr=spider&for=pc>。

²⁸ 关于法律责任的具体变化，请参见本系列文章解读概览篇。

(4) 对于自我优待行为，如利用平台算法或规则将自营商品进行优先展示或者基于自营商品或关联方的商品给予更有利的优惠条件等，应审慎评估；

(5) 对平台内经营者附加其他可能被认定为不合理的商业条件，如收取高额佣金等，应审慎评估。

三、关注猎杀式并购，新增申报门槛，加强平台企业投资行为的监管

(一) 从法律层面关注猎杀式并购

《反垄断法（2022）》首次在法律层面明确了反垄断执法机构对于“未达到国务院规定申报标准”“但有证据证明其具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中”具有主动调查权²⁹。我们理解，该条款可用于对“猎杀式并购”进行监管。

对于“猎杀式并购”的具体认定标准，《平台指南》指出，参与集中的一方经营者为初创企业或者新兴平台、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，尤其需要关注其是否具有或者可能具有排除、限制竞争效果。我们建议企业在并购过程中根据市场竞争状况审慎评估³⁰。

(二) 新增申报门槛考虑因素，剑指大型平台并购活动

2022年6月27日，国务院发布《关于经营者集中申报标准的规定（修订草案征求意见稿）》（《申报标准征求意见稿》），拟更新中国经营者集中申报的营业额门槛。我们注意到，除了申报门槛的变化外，《申报标准征求意见稿》规定，“经营者集中未达到本规定第三条规定的申报标准，但同时满足下列条件的，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³¹：

（一）其中一个参与集中的经营者上一会计年度在中国境内的营业额超过1000亿元人民币；

（二）本规定第二条第（一）项所规定的合并其他方或第二条第（二）项和第（三）项所规定的其他经营者市值（或估值）不低于8亿元人民币，并且上一会计年度在中国境内的营业额占其在全球范围内的营业额比例超过三分之一。”

对于该条款，我们理解未来可以用来规制，收购方为大型平台企业，目标公司虽然营业额没有达到申报门槛，但市值较高的并购活动。这一新标准反映了执法机构对收购“专精特新”企业等的高度关注。

此外，《反垄断法（2022）》细化了申报程序规则，并对于未依法申报的交易显著加大了处罚力度。关于具体变化，请参见我们的系列文章解读经营者集中篇。

合规提示：

平台企业对于投资并购交易应谨慎评估，特别地：

²⁹ 具体参见第26条。

³⁰ 虽然我国目前没有针对猎杀式并购的执法，但是我们注意到，在T公司收购C公司未依法申报调查决定中，执法机构要求，T公司在未来的并购中，“未达到申报标准，但该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，应当事先向市场监管总局申报，未申报的不得实施集中”。参见国市监处〔2021〕67号，<https://www.samr.gov.cn/xw/zj/202107/P020210724302729586098.pdf>。

³¹ 参见第4条。

- (1) 收购对象即使上一年度营业额较低，没有达到法定的申报门槛，但若市值或者估值达到一定水平，也可能触发申报；
- (2) 少数股权（例如低于 10%）的投资行为，也需要评估是否取得对目标公司的控制权，并因此触发申报义务；
- (3) 没有达到申报义务的交易，如果有证据表明该交易可能对市场竞争造成排除、限制竞争的影响（如并购行为导致经营者市场份额的显著增加、形成寡头市场；同行业竞争者之间的并购行为；或者短期内在同一行业内进行规模较大或者频率较高的投资并购行为），应谨慎考虑面临审查的可能性；
- (4) 对于需要经营者集中申报的交易，在未获得批准前不得交割。

结语

自 2020 年中央经济工作会议多次提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”以来，平台经济领域的反垄断成为社会热点。纵览《反垄断法（2022）》，新法从垄断协议、滥用行为、经营者集中三个维度对平台企业加强监管提供了更清晰的法律依据。可以预见，未来对于互联网企业将持续加强监管。我们建议平台企业在反垄断合规方面考虑以下方面：

- 从制度建设搭建并完善反垄断合规制度和内部风控措施；
- 密切关注反垄断监管动态，避免通过算法、数据、技术、平台规则等实施垄断协议、滥用市场支配地位的行为；
- 对于新型垄断行为审慎评估；
- 建立常态化的并购申报评估机制；
- 建立良好的商户 / 消费者反馈、监督、解决通道，完善企业内部监督管理制度。

反垄断修法深度解析系列（三）

—— 垄断协议篇

刘成 洪露申 杨静茹 任宇颖

2022年6月24日，全国人民代表大会常务委员会作出《关于修改〈中华人民共和国反垄断法〉的决定》（《反垄断法（2022）》），首次对《反垄断法》（2008年8月1日施行）（《反垄断法（2008）》）进行修正。紧随其后（6月27日），国家市场监督管理总局（“市场监管总局”）公布了对一系列配套法规的征求意见稿，在新法背景下对执行层面的具体问题进行了细化。8月1日，《反垄断法（2022）》正式施行。

本篇文章为就本次修法进行深度解析的系列文章之三。前文本团队已就整体修改和平台经济做了重点解析和提示，本文将重点聚焦《反垄断法（2022）》所涉及的垄断协议部分，并参考配套法规《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》（《协议征求意见稿》）的相关内容，从体系上梳理垄断协议这一反垄断法下传统重点行为类型的规制思路，并对其中的亮点着重解读，以提供合规建议供企业参考。

首先，从整体体例上，《反垄断法（2022）》将垄断协议的法律定义从原有的第十三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，具有排除或限制竞争效果都应是其构成垄断协议的前提。

在实体方面，《反垄断法（2022）》保留了《反垄断法（2008）》对横向、纵向垄断协议分别进行规制的体例；就横向垄断协议，《协议征求意见稿》新增了对“具有竞争关系的经营者”的定义，明确了实际和潜在的竞争者均可能成为横向垄断协议的主体，与目前其他法域的通行规则一致；而就纵向垄断协议，《反垄断法（2022）》进一步明确了其认定规则和举证责任，并增加了安全港规则；同时，《反垄断法（2022）》新增了对组织、帮助达成垄断协议行为的规制——即组织其他经营者达成垄断协议或者提供实质性帮助的也将构成对反垄断法的违反。《反垄断法（2008）》第十五条垄断协议规定的豁免规则，在未来也将同时适用于上述三种类型的垄断协议行为。

此外，在程序方面，《反垄断法（2022）》提高了对于垄断协议行为的处罚力度，《协议征求意见稿》也进一步细化了宽大申请和认定的程序。

以下我们将从实体上重点解析其中关于纵向垄断协议，以及关于组织其他经营者达成垄断协议或者提供实质性帮助规则中的亮点，并从程序上梳理法律责任和宽大制度方面的变化。

一、提升抗辩空间，纵向垄断协议的认定将更加精细

对于纵向垄断协议，《反垄断法（2022）》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¹，为企业提供了更多的抗辩空间。该条文也表明了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，在以往的实践中，执法机构倾向于认为转售价格维持有较大的可能性具有排除、限制竞争的效果，《反垄断法（2022）》目前的体例也应是首先推定转售价格维持行为存在排除、限制竞争效果，再由当事人举证反驳。

¹ 参见《反垄断法（2022）》第十八条第二款。

因此，我们预期，在未来的执法过程中，反垄断执法机构将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。但是，对于经营者应如何证明纵向垄断协议不具有排除、限制竞争的效果，《反垄断法（2022）》或《协议征求意见稿》并未给出进一步的指导，有待后续的立法和实践予以明确。在过往实践中，如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行为不具有排除、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²，针对固定药品转售价格和限定药品最低转售价格的协议，被调查的经营者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认为上述抗辩理由并不成立，除认为该类协议原则上应禁止外，市场监管总局提及了以下两点理由：一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。二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。

而对于地域限制、客户限制、独家安排等纵向非价格限制，《反垄断法（2022）》并未提供更多的指引。从《协议征求意见稿》来看，其延续了原《禁止垄断协议暂行规定》的规则，可能在未来的执法实践中，执法机构仍需根据一系列考量因素³证明该等限制具有排除、限制竞争的效果，才能将其认定为垄断协议并进行处罚⁴。

合规提示：

随着上述规则的完善，对于纵向垄断协议的认定和规制将围绕是否具有排除、限制竞争效果进行更加深入的论证和更加精细的处理。但我们倾向认为这并不代表反垄断执法机构对于纵向垄断协议（特别是转售价格维持）的监管会放宽，企业在面临相关的问题时仍需审慎评估潜在风险。

二、减轻合规负担，“安全港”制度正在构建和完善

《反垄断法（2022）》从立法层面设立了“安全港”制度⁵，即如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，并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的，则其相关纵向协议不予禁止。“安全港”制度在法律层面的确立有利于提高企业的经营预期，减轻合规负担。

• 适用范围

首先，与此前《反垄断法（修正草案）》不同，《反垄断法（2022）》并没有将“安全港”制度独立成条，而是作为纵向垄断协议条款中的一款⁶，明确其仅适用于纵向垄断协议，不适用于横向垄断协议。因此竞争者之间达成的联合研发等非核心限制的横向垄断协议，目前并无法享受新法所建立的“安全港”制度的保护。

其次，从条文上看，《反垄断法（2022）》并未将转售价格维持的纵向垄断协议排除在“安全港”适用范围外⁷。但是，鉴于在过往的实践中，执法机构倾向于认为转售价格维持有较大可能性具有排除、限制竞争的效果，

² 参见国市监处〔2021〕29号行政处罚决定书。

³ 根据《协议征求意见稿》第十四条，包括：（一）经营者达成、实施协议的事实；（二）市场竞争状况；（三）经营者在相关市场中的市场份额及其对市场的控制力；（四）协议对商品价格、数量、质量等方面的影响；（五）协议对市场进入、技术进步等方面的影响；（六）协议对消费者、其他经营者的影响；（七）与认定垄断协议有关的其他因素。

⁴ 参见《协议征求意见稿》第十四条。

⁵ 参见《反垄断法（2022）》第十八条第三款。

⁶ 参见《反垄断法（2022）》第十八条。

⁷ 参见《反垄断法（2022）》第十八条第三款，“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，并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的，不予禁止。”

因此未来针对转售价格维持主张适用“安全港”制度，可能仍然存在一定的难度。执法机构是否以及如何针对转售价格维持适用“安全港”制度，仍有待后续的立法和实践予以明确。

• 适用条件

首先，适用“安全港”制度，需要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。根据《协议征求意见稿》，这一标准可能将设定为15%⁸，具体市场份额标准有待未来生效法规最终确定。此外，《协议征求意见稿》还明确了国务院反垄断执法机构另有规定的，将从其规定。

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》）⁹、《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》）¹⁰、《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》（《禁止滥用知识产权规定》，目前正在修订征求意见稿中）¹¹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，我们也在此进行了总结，方便参考：

适用行业 / 领域	适用条件（纵向垄断协议）
汽车行业	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。 ¹²
知识产权	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%，通常不将其达成的涉及知识产权的协议认定为垄断协议，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。 ¹³ 但是，《禁止滥用知识产权的规定》的修订征求意见稿删去了原规定中与知识产权相关的“安全港”规则。因此，知识产权领域未来是否仍适用特殊规定的市场份额门槛，有待进一步立法和执法澄清。

此外，《协议征求意见稿》中规定为适用“安全港”而计算市场份额时，交易相对人为多个的，在同一相关市场的市场份额应合并计算¹⁴。我们理解，该等计算原则体现出了在未来执法实践中，执法机构可能会充分考虑纵向垄断协议在市场上的累积效应，慎重适用“安全港”规则。

其次，适用“安全港”制度，还需符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件，但“其他条件”具体为何，有待后续立法和执法的进一步明确。从《协议征求意见稿》目前的细化条文来看¹⁵，该等其他条件可能是指“无相反证据证明其排除、限制竞争”，但经营者如何证明“无相反证据证明其排除、限制竞争”，以及是否还需要满足其他条件，均仍待实践中予以澄清。

合规提示：

企业在考虑和评估“安全港”制度的适用时应注意：

- (1) 与（潜在）竞争者达成和实施的横向垄断协议不适用“安全港”规则；

⁸ 参见《协议征求意见稿》第十五条，“经营者与交易相对人之间达成协议，经营者能够证明符合下列条件，不予禁止：（一）经营者与交易相对人在相关市场的市场份额低于15%，国务院反垄断执法机构另有规定的从其规定；（二）无相反证据证明其排除、限制竞争。”

⁹ 2019年1月4日成文，2020年9月18日发布。

¹⁰ 2019年1月4日成文，2020年9月18日发布。

¹¹ 2020年10月23日修订。

¹² 参见《汽车指南》第二章第四条（一）款、第六条（四）款。

¹³ 参见《知识产权指南》第十三条。

¹⁴ 参见《协议征求意见稿》第十五条第三款。

¹⁵ 参见《协议征求意见稿》第十五条第一款。

- (2) 考虑到执法机构在过往实践中倾向于认为转售价格维持有较大可能性具有排除、限制竞争的效果，因此“安全港”规则即使将来可以适用，可能也存在较大难度，建议谨慎评估和决策；
- (3) 建议密切关注后续相关配套法规对适用“安全港”规则中“其他条件”的进一步细化，以更好地评估有关商业行为的反垄断风险。

三、填补立法缺漏，明确组织或实质性帮助达成垄断协议的责任

《反垄断法（2022）》新增条款明确禁止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¹⁶，并确立该等组织、提供实质性帮助的经营者的法律责任¹⁷，填补了立法上的缺漏。作为配套法规，《协议征求意见稿》也针对这一变化作出细化规定¹⁸，初步明确“组织”和“实质性帮助”包括了以下情形：

- 经营者虽不属于垄断协议的协议方，但在垄断协议达成或者实施过程中，对协议的主体范围、主要内容、履行条件等具有决定性或者主导作用。在实践中，该种情形可能会更多地指向行业协会、供应商或采购商主导 / 决定其他经营者达成垄断协议的情形。

案例解读：

在某汽车保险垄断协议案件中¹⁹，某市保险行业协会（协会）组织 10 家财险公司签订《自律公约》等文件，约定对新车承保不得给予任何折扣和优惠。同时，协会组织各相关财险公司与一家保险经纪公司（经纪公司）共同组建新车保险服务中心（中心），中心由协会领导、运营与管理。相关财险公司与中心签订《合作协议》，规定所有新车保险业务必须集中在中心办理，并划分各财险公司在该市新车保险业务中的市场份额，且约定各公司不得擅自为中心外出单。此后，反垄断执法机构认定协会对各财险公司达成固定新车保险费率的自律公约、实施垄断行为起到了组织达成、推动实施和监督履行的核心作用，认定其违反《反垄断法》。

- 经营者与多个交易相对人签订协议，故意使具有竞争关系的交易相对人之间通过该经营者进行意思联络或者信息交流，达成横向垄断协议。在实践中，该种情形可能更多地指向一般意义上的“轴辐协议”（hub-and-spoke arrangement）。需注意的是，此处的横向垄断协议不仅包含书面、口头形式，还包括算法的形式和其他协同行为。

案例解读：

在某电子书案件中²⁰，某线上销售平台与每个出版商签订相似的“代理模式 + 最惠国条款 + 最高价限制”合同条款，使得出版商可以自行决定电子书价格，该平台仅作为代理商收取 30% 的费用，但出版商的电子书在该平台销售的价格不得高于其在第三方平台上的售价，且该代理模式下电子书的最高售价已确定。在该案中，法院认为该平台故意且策划了电子书出版商的共谋，出版商分别与该平台签订协议，分别知晓其他出版商均签署该等协议，通过该平台实现意思联络，达成了提高价格的垄断协议。

- 经营者虽未从事前款规定的组织行为，但对垄断协议达成或者实施提供支持，且与排除、限制竞争具有因果关系并且作用显著的行为。但就具体何种类型的支持行为、何种程度的作用将被认定为作用“显著”，以及如何

¹⁶ 参见《反垄断法（2022）》第十九条。

¹⁷ 参见《反垄断法（2022）》第五十六条，“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。”

¹⁸ 参见《协议征求意见稿》第十七条。

¹⁹ 参见湖南省价格监督检查与反垄断局，《娄底保险行业垄断行为被查处》，载于《中国价格监督检查》2013 年第 3 期。

²⁰ 见 952 F. Supp. 2d 638 (S.D.N.Y. 2013)。

证明“因果关系”，均有待后续的立法和执法的进一步明确。

合规提示：

企业在与供应商、客户、经销商等沟通、交易时，应注意：

- (1) 避免向经销商等统一发布有关价格指导、价格服务调整、或利润计算方面的规则和政策；
- (2) 避免组织和协助供应商或经销商达成任何有关分割市场的协议；
- (3) 避免成为供应商、客户、经销商相互之间的交换竞争性敏感信息的平台 / 中介，如向部分经营者披露其他经营者的市场计划或营销策略等。

四、提高处罚力度，程序性规则得到进一步完善

《反垄断法（2022）》加大了对于垄断协议行为的处罚力度，我们在下表中总结了前后的变化²¹：

与垄断协议相关的违法情形		《反垄断法（2008）》 ²²	《反垄断法（2022）》 ²³
企业行政责任	（组织）达成并实施垄断协议	没收违法所得，并处上一年度销售额的 1-10% 的罚款	
	上一年度无销售额的经营者（组织）达成并实施垄断协议	/	最高 500 万元的罚款
	（组织）达成但未实施垄断协议	最高 50 万元的罚款	最高 300 万元的罚款
	行业协会组织经营者达成垄断协议	最高 50 万元的罚款； 情节严重的，撤销登记	最高 300 万元的罚款； 情节严重的，撤销登记
	情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果	无规定	可按相关规定的罚款数额的 2-5 倍处以罚款
个人行政责任	对达成垄断协议负有责任的个人（法定代表人、主要负责人和直接责任人员）	/	最高 100 万元的罚款
刑事责任	构成犯罪的	仅规定了拒绝、阻碍反垄断审查和调查行为构成犯罪的，依法追究刑事责任的，依法追究刑事责任	违反本法规定，构成犯罪的，均将依法追究刑事责任，具体刑责有待后续刑事立法进一步明确

²¹ 对于法律责任方面更加全面的总结，请参见我们系列文章中的概览篇。

²² 参见《反垄断法（2008）》第四十六条。

²³ 参见《反垄断法（2022）》第五十六条、六十三条、六十七条。

鉴于《反垄断法（2022）》大幅度提高了行政处罚的额度，就在新法生效前达成或实施的垄断协议，在新法实施后受到查处的情形该如何适用罚则，值得关注。《反垄断法（2022）》并未就上述新旧法罚则衔接过渡的问题提供更多的指引，但根据《行政处罚法》的一般规定²⁴，处罚应适用违法行为发生时的罚则。如垄断协议行为已在新法实施之前结束，企业或可主张适用旧法；但如垄断行为在新法实施后仍处于持续状态，则恐难以适用旧法。在未来的实践中，反垄断法执法机构将如何认定垄断协议行为是否处于“持续状态”，仍有待立法和执法的进一步明确。

此外，《协议征求意见稿》进一步完善了垄断协议宽大制度的申请规则，明确了宽大申请应该在反垄断执法机构立案前、启动调查程序前或作出行政处罚告知书前提出，同时阐明了申请需要提交的材料和申请者后续全面配合反垄断执法机构的调查工作的义务²⁵，与《横向垄断协议案件宽大制度适用指南》相衔接。

结语

整体而言，本次修法对垄断协议方面的修改作出了较大的改动，吸收了立法、执法和司法机构在《反垄断法（2008）》实施十四年来凝结出的经验，对垄断协议的规制体系日趋完整，也更加注重根据协议是否具有排除、限制竞争的影响来进行精细化的认定。我们期待在未来的立法和实践中能对包括证明纵向垄断协议不具有排除、限制竞争效果的思路、“安全港”原则的适用条件等关键问题作进一步澄清，以期为企业提供更明确的合规指引，创造更公平和秩序的竞争环境。另一方面，规则的变动以及处罚力度的加强也给企业的合规带来了新的挑战，企业应密切关注后续配套法规以及相关实践，及时地更新反垄断风险评估，以动态的视角审视相关商业模式和行为，谨慎地进行决策。

²⁴ 《行政处罚法》第三十七条，实施行政处罚，适用违法行为发生时的法律、法规、规章的规定。但是，作出行政处罚决定时，法律、法规、规章已被修改或者废止，且新的规定处罚较轻或者不认为是违法的，适用新的规定。

²⁵ 参见《协议征求意见稿》第三十三条。

反垄断修法深度解析系列（四） ——经营者集中审查篇

刘成 许世巍 叶弘韬

2022年6月24日，全国人民代表大会常务委员会作出《关于修改〈中华人民共和国反垄断法〉的决定》（《反垄断法（2022）》），首次对现行《反垄断法》（2008年8月1日施行）（《反垄断法（2008）》）进行修正。紧随其后（6月27日），国家市场监督管理总局（市监总局）公布了对一系列配套法规的征求意见稿。8月1日，《反垄断法（2022）》正式施行。

本篇文章为就本次修法进行深度解析的系列文章之四。前文本团队已就整体修改、平台经济和垄断协议做了重点解析和提示，本文将重点聚焦《反垄断法（2022）》所涉及的经营者集中审查部分，并参考配套法规《国务院关于经营者集中申报标准的规定（修订草案征求意见稿）》（《申报标准征求意见稿》）和部门规章《经营者集中审查规定（征求意见稿）》（《审查规定征求意见稿》）的相关内容，从五个方面对上述法律法规的修改进行详细解读，以提供合规建议供企业参考。

一、健全经营者集中分级分类审查制度，加强对重点领域经营者集中审查

2022年3月25日公布的《中共中央、国务院关于进一步加快建设全国统一大市场的意见》（《统一大市场意见》）明确提出：“健全经营者集中分类分级反垄断审查制度。”并要求“加强对金融、传媒、科技、民生等领域和涉及初创企业、新业态、劳动密集型行业的经营者集中审查”。《反垄断法（2022）》在立法层面予以回应，新增第三十七条，“国务院反垄断执法机构应当健全经营者集中分类分级审查制度，依法加强对涉及国计民生等重要领域的经营者集中的审查，提高审查质量和效率。”

我们理解，“分类审查”指反垄断执法机构将重点审查涉及国计民生等重点领域的经营者集中。同时，参考《统一大市场意见》的要求，涉及金融、传媒、科技、民生等领域和涉及初创企业、新业态、劳动密集型行业的经营者集中可能成为反垄断执法机构分类审查的重点。涉及前述行业的，部分未达到申报标准的集中也可能引起反垄断执法机构的关注，并主动调查该等集中是否具有或者可能具有排除、限制竞争的效果。执法机关重点审查/关注的行业也可能随着经济发展、社会热点的变化而变化。而“分级审查”可能通过委托部分省级反垄断执法机构开展经营者集中审查，将经营者集中案件分流给各指定的省级执法机构而实现。

合规提示：

企业应密切关注经营者集中审查制度的修改。预计在分类分级审查制度下，执法机构将有更多的精力和行政资源，对于重点行业的经营者集中采取更细致的审查。2021年，适用简易标准申报的案件，在立案后平均14天即可以取得批准。伴随着经营者集中审查人员力量的充实，希望对于适用简易标准的申报案件的审查效率可进一步提高。我们建议，

相关行业内的企业应及时评估投融资活动中可能面临的反垄断风险，尽早采取应对措施。

二、完善未达到申报标准的经营者集中的调查程序，重点解决“猎杀式并购”问题

近年来在平台经济、原料药、新型零售等领域，大企业对于初创企业、新兴平台的并购频繁出现。如果交易的目的是“猎杀式并购”，则可能会被认为损害市场竞争和创新发展。但由于此类交易中目标公司经常未达到营业额标准，此前一直难以进入反垄断审查的视野。《反垄断法（2022）》和《审查规定征求意见稿》拟从以下两个方面着手解决该问题，以更好的保护市场公平竞争和消费者利益。

（一）完善未达到申报标准的经营者集中调查程序

《反垄断法（2022）》首次在法律层面规定了，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，反垄断执法机构可以要求经营者申报。同时赋予执法机构在经营者未申报情形下，主动调查的权利¹。

对于何种情况下可能属于前述类型的交易，2021年发布并实施的《平台经济领域的反垄断指南》和《原料药领域的反垄断指南》规定了在平台经济领域和原料药领域，未达到申报标准的经营者集中，却可能具有排除、限制竞争效果的情形，可供参考：

相关指南	具体情形
《平台经济领域的反垄断指南》	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 ² 。
《原料药领域的反垄断指南》	原料药经营者数量较少，在相关市场的市场份额和市场集中度较高时，经营者实施的集中具有或者可能具有排除、限制竞争的效果，参与集中的经营者可以主动申报 ³ 。

（二）提高申报门槛的同时，新增针对“猎杀式并购”的申报门槛

《申报标准征求意见稿》拟提高现行经营者集中申报门槛。现行经营者集中申报门槛⁴自2008年实施以来，已近14年而未曾调整过。随着近年来执法力度的加强和守法意识的提高，集中申报案件呈现井喷之势，原有的申报门槛已经与经济发展规模不匹配，给企业投融资活动和有限的行政资源带来了一定的成本和负担。为适应经济发展的程度，《申报标准征求意见稿》拟提高现行申报门槛，具体而言，经营者集中达到下列标准之一的，经营者应当事先申报⁵：

- 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120亿元人民币（现行标准为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8亿元人民币（现行标准为4亿元人民币）；

¹ 《反垄断法（2022）》第二十六条第二、三款。

² 《平台经济领域的反垄断指南》第十九条第三款。

³ 《原料药领域的反垄断指南》第二十三条第一款。

⁴ 《经营者集中申报标准的规定》国务院于2008年8月发布并实施。

⁵ 《申报标准征求意见稿》第三条第一款。

- 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 40 亿元人民币（现行标准为 20 亿人民币），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 8 亿元人民币（现行标准为 4 亿人民币）。

如果上述新申报标准最终落地实施，一部分中小型企业的并购可以免于触发申报义务，这将更有利于促进中小型企业的投融资活动的开展。

同时，就“猎杀式并购”问题，《申报标准征求意见稿》拟引入新的申报门槛，具体而言，一项交易满足以下条件时也需要进行申报⁶：

- 当交易中一方经营者上一会计年度中国境内营业额超过 1,000 亿元人民币；并且
- 合并方或目标公司的市值 / 估值不低于 8 亿元人民币，且其上一会计年度中国境内营业额占全球营业额三分之一以上。

我们预计，如果本项修改最终可以落地实施，将对超大型企业吸收并购中小型企业、初创型企业形成有效的约束，该等并购活动将不再游离于反垄断法审查的视野之外。

此外，《反垄断法（2022）》总则篇第一条，新增“鼓励创新”作为反垄断法的目标之一。相应的，《审查规定征求意见稿》在多处增加了评估经营者集中的影响时，需考虑集中对“创新”的影响，以预防和制止可能妨碍市场竞争和创新发展的并购行为⁷。整体而言，上述立法的变化，反映了执法机构对收购“专精特新”企业的高度关注。

合规提示：

《反垄断法 2022》以及《申报标准征求意见稿》对于申报门槛和反垄断执法机构主动调查权的修订，都体现了执法机构对“猎杀式并购”重点关注的趋势。结合《统一大市场意见》中明确要求的“加强对金融、传媒、科技、民生等领域和涉及初创企业、新业态、劳动密集型行业的经营者集中审查”，我们理解，涉及前述重点行业领域的交易（包括大企业并购中小型企业），将成为接下来一段时间的经营集中审查执法重点之一。交易方应尽早评估拟议交易是否达到申报门槛，交易是否涉及重点审查的行业，以及是否具有或者可能具有排除、限制竞争的效果。必要时，交易方亦可事先启动与执法机构的商谈程序以尽可能减少反垄断审查给交易和交易时间表带来的不确定性。

三、进一步明确“控制权”认定的因素和“抢跑”的具体情形，为交易提供清晰指引

“控制权”是经营者集中反垄断法律规制的核心概念。实践中，企业常常将反垄断法语境下的“控制权”与证券法和公司法语境下的“控制权”相混淆。反垄断法语境下的“控制权”更为宽泛，是指经营者对其他经营者的生产经营活动或重大经营决策具有或者可能具有决定性影响的权利或状态。

《审查规定征求意见稿》进一步明确了反垄断法语境下“控制权”判断的具体事项，除表决权或类似权益外，对其他经营者高级管理人员任免、财务预算、经营计划等经营决策和管理的影响也可能构成控制权⁸。实践中，如果小股东拥有对经营者的“商业计划”、“高级管理人员任免”、“财务预算”和“经营计划”等商业战略、策略的一票否决权，

⁶ 《申报标准征求意见稿》第四条。

⁷ 《审查规定征求意见稿》第十四条第一款第（二）项、第二十条第一款第（三）项和第三十条第一款第（三）项、第三十三条第二款。

⁸ 《审查规定征求意见稿》第四条。商务部于 2007 年 9 月发布的《经营者集中审查办法（修订草案征求意见稿）》中亦包括类似条款，但该征求意见稿后续并没有落地实施。

该小股东通常会被认为取得了目标公司的“控制权”。即使该小股东抗辩该等否决权从未行使过，也不会影响“控制权”的判断，因为执法机关对“控制权”的认定标准通常仅关注行使的可能性。如果在投资并购交易中希望获得对上述事项的否决权，需谨慎评估是否触发申报义务。

《审查规定征求意见稿》还新增了针对未经批准违法实施集中（即“抢跑”）的具体情形列举，为实践操作提供了更清晰的指引。以往，企业经常仅关注在获得批准前不得办理股权变更或登记，但常常忽略在获得批准前的其它可能构成“抢跑”的行为。《审查规定征求意见稿》特别说明，在经营者集中获得批准之前，企业下述行为会被认为构成“抢跑”：完成股东或者权利变更登记、委派高级管理人员、实际参与经营决策和管理、与其他经营者交换敏感信息、实质性整合业务等取得对其他经营者的控制权或者施加决定性影响的行为⁹。

合规提示：

投融资交易中，投资人应当特别注意：

- 反垄断法语境下“控制权”内涵和外延与公司法、证券法语境下的区别，切勿混淆。
- 谨慎争取对目标公司权利或执行机构决议事项的否决权，在设计目标公司内部治理结构时，要在保护投资权益和控制目标公司之间，找到能令各方均满意的平衡点。
- 过渡期期间，投资人为避免目标公司的价值出现明显的减损或主营业务出现重大变化，有时会保留一些目标公司经营事项的否决权，该等否决权可能会超过保护性权利的范畴，从而过早地干涉目标公司的日常经营，使交易面临着“抢跑”的风险。我们建议，投资人应在拟议交易获得反垄断审查批准之前，谨慎约束自己的过渡期权利、与其他交易方敏感信息交换行为、业务整合计划等行动，尽可能地降低交易的反垄断风险。

四、经营者集中审查引入停钟制度

根据《反垄断法（2008）》，经营者集中的法定审查期限最长不超过 180 日。实践中，一些复杂案件的审查（特别是可能作出附条件批准的案件）中，反垄断执法机构可能无法在法定期限内完成审查，因此存在“撤回并重新申报”的程序性操作。尽管“撤回并重新申报”的方法能够在一定程度上缓解法定审查期限不足的问题，但也给整体审查时间表带来了极大的不确定性。

《反垄断法（2022 年修正）》首次引入了“停钟制度”¹⁰，有下列情形之一的，反垄断执法机构可以决定中止计算审查期限：

- 经营者未按照规定提交文件、资料，导致审查工作无法进行。我们理解，这可能包括未按照规定时间及时提交文件或提交的文件不符合要求的情况。
- 出现对经营者集中审查具有重大影响的新情况、新事实，不经核实将导致审查工作无法进行。我们理解，这可能包括针对交易结构变化导致相关市场以及市场份额发生重大变化等。

⁹ 《审查规定征求意见稿》第五十五条第三款。

¹⁰ 《反垄断法（2022）》第三十二条，《审查规定征求意见稿》第二十二条至第二十五条。

- 需要对经营者集中附加的限制性条件进一步评估，且经营者提出中止请求。

合规提示：

“停钟”制度的建立，将显著减少“撤回并重新申报”的情况。为避免反垄断执法机构作出中止审查期限的决定，导致交易审查时间表的延长，我们建议，经营者应特别注意申报文件内容的完整性、准确性以及附条件承诺的可操作性，并及时提交文件及资料，配合反垄断审查工作，以避免审查期限由于“停钟”制度而产生拖延。

五、提高处罚力度，违法成本显著增加

(一) 提高处罚金额

《反垄断法（2022）》大幅提高了违法实施集中的行政处罚标准，具体而言¹¹：

处罚对象	《反垄断法（2008）》	《反垄断法（2022）》
具有或者可能具有排除、限制竞争效果的违法实施集中行为	50 万元以下的罚款	<ul style="list-style-type: none"> • 责令停止实施集中、限期处分股权或资产、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 10% 以下的罚款。
不具有排除、限制竞争效果的违法实施集中行为		处 500 万元以下的罚款

此外，《反垄断法（2022 年）》新增加的罚则，例如“情节特别严重、影响特别恶劣、造成严重后果的，可以在规定罚款数额的二倍以上五倍以下确定处罚数额”¹²，“信用记录处罚”¹³，也可能同样适用于违法实施经营者集中的情况。

(二) 新旧法的衔接问题

在新法生效前违法实施集中的行为，在新法生效后受到查处的情形该如何适用罚则，值得关注。《反垄断法（2022）》并未就上述新旧法罚则衔接过渡的问题提供更多的指引，但根据《行政处罚法》的一般规定¹⁴，我们理解，执法机关可能认为违法实施集中是一种持续的状态，如果违法实施集中行为已经终止（如投资人丧失控制权或合营企业已注销）且自行为终止之日起超过两年未被执法机构立案调查的，违法集中行为将不会受到处罚；如果违法集中行为在《反垄断法（2022）》生效前已终止，但在追诉时效内执法机构立案调查的，则可按照现行《反垄断法（2008）》中规定的较轻罚则处罚；如违法集中行为在《反垄断法（2022）》生效后仍未终止的，则有可能会适用新法的规定。最终采取何种方式，有待执法机关进一步澄清。

¹¹ 《反垄断法（2022）》第五十八条。

¹² 《反垄断法（2022）》第六十三条。

¹³ 《反垄断法（2022）》第六十四条，经营者因违反本法规定受到行政处罚的，按照国家有关规定记入信用记录，并向社会公示。

¹⁴ 《行政处罚法》第三十六条，违法行为在二年内未被发现的，不再给予行政处罚；涉及公民生命健康安全、金融安全且有危害后果的，上述期限延长至五年。法律另有规定的除外。前款规定的期限，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。

第三十七条，实施行政处罚，适用违法行为发生时的法律、法规、规章的规定。但是，作出行政处罚决定时，法律、法规、规章已被修改或者废止，且新的规定处罚较轻或者不认为是违法的，适用新的规定。

合规提示：

《反垄断法（2022）》大幅度提高了处罚力度，企业的违法成本显著增加。我们建议，企业应尽早评估交易可能对相关市场竞争产生的影响，申报所需的程序和时间，早做准备，以减少经营者集中申报对交易时间表的影响。

结语

整体而言，本次修法一方面回应了中国经济发展的需求，另一方面吸纳并总结了中外经营者集中审查的经验，对经营者集中审查制度的顶层设计和实际操作进行了不少调整和更新。企业应密切关注经营者集中审查制度的修改和最终落地实施，及时地评估制度修改对企业历史合规问题和将来投融资活动带来的影响。同时，我们也期待经营者集中分级分类审查最终的落地实施，以及不断完善经营者集中审查制度能够更好的鼓励投资创新、降低企业制度成本，有效防止资本无序扩张，保障公平、高效、有序的市场竞争环境。

反垄断修法深度解析系列（五）

—— 反垄断诉讼篇

刘成 刘润泽 潘珍雪

2022年6月24日，全国人民代表大会常务委员会作出《关于修改〈中华人民共和国反垄断法〉的决定》（《反垄断法（2022）》），首次对《反垄断法》（2008年8月1日施行）（《反垄断法（2008）》）进行修改，《反垄断法（2022）》于2022年8月1日正式施行。

本篇为本次修法深度解析的系列文章之五。前文中已就反垄断法整体修改、平台经济和垄断协议做了重点解析和提示。本文将重点聚焦《反垄断法（2022）》所涉及的有关反垄断诉讼的问题。

相较于经营者集中申报、反垄断执法调查等程序而言，反垄断诉讼在此前的反垄断法律实践中似乎较少被置于显著位置单独探讨。但实际上，反垄断诉讼就像窖藏的美酒，它味道醇厚，其中氤氲着诉讼的智谋与宏观、微观的剖析与洞察。它也香溢万里，反垄断诉讼的裁判观点对于反垄断实践的指导意义，在各法律领域中也实属突出。

在国家推进“全国统一大市场”建设的背景下，本次《反垄断法》修法，对于反垄断诉讼而言具有重要意义，这种意义既体现在反垄断规则修改本身，对于反垄断诉讼个案中的法律依据将产生直接影响，比如笔者此前所处理案件中涉及的第三人主张某企业凭借产品技术及市场份额优势损害其利益等问题将有新的处理思路；这种意义还体现在反垄断诉讼新制度的确立，比如反垄断公益诉讼等。

在下文中，我们就将结合《反垄断法》的修法，将我们对反垄断诉讼昨天、今天和明天的观察与展望进行分析。

一、《反垄断法》修改前的反垄断诉讼实践

从类型上，此前的反垄断诉讼主要包括民事诉讼和行政诉讼，其中民事诉讼占绝大多数。

在民事诉讼案件中，则体现了较强的类型化和集中度特点。涉及滥用市场支配地位的案件数量占有绝对优势，达到甚至超过了总数量的一半。此外，涉及横向或纵向垄断协议的案件也占到较高比重，占比约在三分之一左右。除此以外，行政垄断类的案件也具有相当的数量。

从动态角度来看，反垄断诉讼又呈现出了较强的时代特征，与我国经济社会的发展背景密不可分。最具代表性的就是互联网平台领域，不仅案件数量随着平台发展而与日俱增，在各领域中已占有绝对数量优势，且案件类型及争议点也与互联网平台的各类新业务模式及其数据、算法等高技术特性高度关联。

反垄断诉讼的另一个特点，是原告的胜诉率往往不高。究其原因，与原告较高的举证难度不无关系。通常而言，原告需要举证证明被告在相关市场内具有市场支配地位（除非被告为公用企业），以及被告存在滥用该市场支配地位的情形。特别是对于前者的证明，需要对相关市场的界定、被告在相关市场中的份额和控制力等因素进行深入的分析，对当事人市场分析及数据获取等方面能力要求极高，且无论分析结果如何，在诉讼中对相关市场界定的争议也难以回避。

二、《反垄断法》修改与反垄断诉讼

就反垄断诉讼而言，本次《反垄断法》修改同时涵盖了规则和制度两个层面，具有较大程度的革新。

（一）反垄断诉讼规则层面的主要革新

关于《反垄断法》修改所涉及的规则的变化，在本系列此前的解析文章中已进行过较为深入的分析。结合笔者处理案件及解答客户问题的经历，特别关注到了几个规则的修改，预期这些规则将对反垄断诉讼实践产生影响。

首先，数据、算法、技术、平台规则被《反垄断法（2022）》所明确提及，具有市场支配地位的经营者不得将其作为实施非法垄断行为的工具。伴随科技水平的提高和数字经济的发展，很多交易的撮合与履行均通过网络进行，而这些交易往往具有一个特点，即呈现出的内容较少、后台处理过程更多，因而，交易相对方可能主张其合法权益在此过程中被侵犯。类似案例在此前的司法实践中也有所涉及，比如某些网络平台的价格歧视案等，但其中大量案件并未被作为反垄断案件予以处理。此次《反垄断法（2022）》将技术和平台规则明确作为经营者实施滥用市场支配地位的手段，无疑对于涉及通过一定技术而推进交易，以及涉及平台类的规模化企业，将产生直接影响。

其次，“安全港”规则将成为经营者在反垄断诉讼中进行抗辩的重要依据。本次《反垄断法》修改中的一大亮点，即垄断协议涉及的“安全港”规则，实际上，对于市场份额较低的企业之间，其即使签署“垄断协议”，对于竞争的影响也很可能是微乎其微的。因此，无论是从宏观上考虑反垄断监管的针对性和科学性，还是从微观上考察具体经营者缔结“垄断协议”是否应予归责，“安全港”制度无疑都具有重要意义。

再次，此次《反垄断法》修改，明确将经营者组织、帮助垄断协议达成作为经营者承担责任的法定情形。在此前的反垄断诉讼中，案件当事人往往是相关交易的直接当事人，就垄断协议而言，通常是相应协议的缔约方。但在本次修改中，明确规定经营者不得组织其他经营者

达成垄断协议，不得为其他经营者达成垄断协议提供实质性帮助。进而，即使经营者并非垄断协议当事人，只要其促使垄断协议的达成，那么在反垄断诉讼中也将需要承担相应责任。

当然，《反垄断法》作为其他具体反垄断规则的上位法，其修改内容往往牵一发而动全身，因此从诉讼角度，每一处细节都值得留意，也都可能成为诉讼的胜负手。比如“总则”部分中新增的“鼓励创新”这一立法目标，既可能成为大企业阻碍竞争者进入市场、影响市场创新而被要求承担相应责任的归责依据，也可能成为经营者证明其某些技术手段、产品特性具有合理性的抗辩依据。

（二）反垄断诉讼制度层面的主要革新

1. 明确反垄断公益诉讼制度

此次《反垄断法》修改，在立法层面明确了公益诉讼制度在反垄断案件中的适用，对于损害社会公共利益的垄断行为，设区的市级以上人民检察院可以依法向人民法院提起民事公益诉讼。

实际上，早在2008年《反垄断法》施行前，关于检察院在反垄断实践中发挥相应作用的问题即已经进行过一定程度的讨论。本次反垄断公益诉讼制度的确立，经过了相当的准备和酝酿，具有重要意义。

对于反垄断公益诉讼制度的目的与定位，最高人民检察院有关领导曾表示，该制度很大程度上是为了保护被垄断行为所侵害的众多消费者的权益，督促大型网络平台等企业履行社会责任，是检察公益诉讼预防功能的具体实现。通过该制度，力求推动源头治理、系统治理，对于承担一定公共管理职能和重要社会责任的网络运营者、电子商务平台经营者，探索以民事公益诉讼检察建议的方式督促其整改，履行社会责任。

2. 明确健全行政执法和司法衔接机制

伴随2021年国家反垄断局挂牌及一系列措施的跟进，反垄断执法将得到极大的强化。

本次《反垄断法》修改，不仅明确提出要强化反垄断监管力量，提高监管能力和监管体系现代化水平。更是进一步将反垄断监管与反垄断诉讼相联系，明确要加强反垄断执法、司法，健全行政执法和司法衔接机制，维护公平竞争秩序。

类似于证券等领域的法律实践，某企业所实施的垄断行为，在违反行政监管规定的同时，也会对其他主体的合法权益造成损害，即同时违反行政及民事乃至刑事法律，也就可能涉及行政执法与民事、刑事诉讼等法律程序。而行政执法程序凭借更多样的调查手段和更全面、深入的调查范围，对于某企业是否具有垄断地位以及实施垄断行为的背景情况将作出清晰的认定并附有详实的依据。而这些恰恰是反垄断民事诉讼中所欠缺的。将行政执法和司法通过一定机制加以衔接，无疑将强化反垄断效果，企业也可能面临更为严重的后果。

除上述制度层面的革新之外，在《反垄断法（2022）》中，还明确规定如果违反该法构成犯罪的，将依法追究刑事责任。这无疑将进一步提高垄断行为的违法成本，反垄断的震慑力度也将增强。

三、《反垄断法》修改后，对反垄断诉讼的展望

对比上文提到的《反垄断法》修改前的实践情况，在该法最新修改后，我们预计相应司法实践情况也将会有较大变化。

首先，随着反垄断行政执法的强化以及处罚数额的提

高，也必将产生更多的反垄断行政诉讼案件。与此同时，伴随行、民程序之间的衔接与联动等因素，反垄断民事案件的规模也将进一步增长。

其次，反垄断诉讼的规则也将进一步更新和完善。与《反垄断法》修改相配套，目前已经出台了《国务院关于经营者集中申报标准的规定（修订草案征求意见稿）》《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》《禁止滥用市场支配地位行为规定（征求意见稿）》等多项规定。而最高人民法院曾出台《关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》，其中规定了管辖、举证、时效等反垄断民事诉讼的主要规则。结合最高人民法院对于加强反垄断案件审理力度的多次表态，反垄断诉讼的规则也必将得到进一步的完善。

再次，反垄断诉讼的审理将更加充分，诉讼策略的科学性、针对性、多样性要求更高。伴随着数量的增长和规则的完善，反垄断诉讼实践将愈发成熟和深入，而与此同时，《反垄断法》修改中关于行政与司法衔接的规定，很可能将很大程度上改变原告举证难的现实情况，从而对双方的应诉策略提出更高的要求。

最后，时代特征仍将在反垄断诉讼实践中加以体现。在可以预见的一段时期，互联网平台、医疗医药、通信等领域仍将不断发展，反垄断诉讼在这些领域仍将高发。特别是，随着《反垄断法》修改中关于行政与司法衔接，以及检察院公益诉讼制度的创设，对于有较强社会影响力的案件，将通过这些机制予以充分传导，为相对弱势群体的维权提供帮助。

5 年间 3 次修法——《反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》解读

宁宣凤 柴志峰 张若寒 王叶 屈尘 崔月柳

日前《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》（《征求意见稿》）的公布，标志着这部最初于 1993 年制定的法律，经过 2017 年、2019 年两次修订后，即将面临新一轮修订。数字经济日新月异、商业实践百舸争流，面对不断涌现的新型不正当竞争行为，现行《反不正当竞争法》已显力不从心；5 年间 3 次修法并不常见，也反映出许多新问题尚存在争议。

从回应核心关切的角度的角度，在简要介绍本次《征求意见稿》修订的亮点后，本篇将结合商业实践与监管经验，重点聚焦《征求意见稿》中的以下两项问题：（1）本次修订，新增了哪些不正当竞争行为类型？（2）针对新增的不正当竞争行为类型，执法机关将如何处罚？

一、《征求意见稿》亮点概览

本次《征求意见稿》主要有以下亮点，值得关注：

- 再次提出“相对优势地位”的概念：《反不正当竞争法》2016 年修订送审稿中曾提出“相对优势地位”的概念。《征求意见稿》第四十七条再次对“相对优势地位”的概念作出释明，指出应当从技术、资本、用户数量、行业影响力，以及其他经营者对该经营者在交易上的依赖等方面认定“相对优势地位”。在此基础上，《征求意见稿》第十三条列举了具有相对优势地位的经营者无正当理由不得实施的行为，包括实施排他性行为、限定交易、搭售等，许多内容与目前《反垄断法》明确禁止的行为重合，有些在反垄断语境下也多有讨论，但未被明确禁止。
- 扩展完善数字经济等领域不正当竞争行为类型：除在传统的商业混淆等行为中引入混淆自媒体名称、应用软件名称或者图标、搜索关键词等外，还增设违反公平交易要求不正当竞争行为、恶意交易行为的相关条款，且对此前的网络不正当竞争行为做了细化规定。
- 提升不正当竞争行为法律责任：民事责任方面，对不正当竞争行为，增设情节严重的最高五倍惩罚性赔偿。行政责任方面，对现行的侵犯商业秘密、商业诋毁，和本次增设的违反公平交易要求不正当竞争行为、恶意交易行为、网络不正当竞争行为，以及严重破坏竞争秩序、确需查处的不正当竞争行为，将情节严重的罚则一律提升至一百万元以上、五百万元以下；对新增的违反公平交易要求不正当竞争行为、网络不正当竞争行为，均参考《反垄断法》的相关罚则设计，设置了最高上一年度百分之五销售额的重责。
- 引入判断不正当竞争的综合考虑因素：《征求意见稿》参考《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》《平台经济反垄断指南》等，引入相关方利益、行业惯例、FRAND 原则、技术创新等作为综合判

断因素。

- **强化市场监管总局的核心监管地位：**在明确市场监管总局的执法责任的同时，进一步指派其负责认定法定类型以外、确需查处的不正当竞争行为。¹
- **已和解或裁决且损害效果没有外溢的行为免于调查或处罚：**《征求意见稿》第四十一条第（二）款新增规定，经营者存在涉嫌违反本法规定的情形，相关经营者之间已经就民事责任的承担达成和解，或者人民法院已经就民事责任做出裁决，且经营者的行为对公平竞争秩序和社会公共利益没有造成损害的，可以不进行调查、终止调查或免除处罚。

以下，我们将通过对新增的重点不正当竞争行为的爬梳和对相应罚则的整理，明晰适用边界、再探风险要点，力图为合规实践提供有力建议。

二、本次征求意见稿中，新增哪些典型的不正当竞争行为类型？

本次《征求意见稿》大幅扩展了不正当竞争行为的类型，将部分此前处于灰色地带或缺乏明确处罚依据的行为，均纳入反不正当竞争的规制框架之中。从商业实践与合规关切的角度出发，在本部分，我们将针对本次新增或细化的以下六类重点行为进行梳理。

需要注意的是，本次新增或细化的六类行为中，除拦截、屏蔽其他经营者网络产品或服务的垄断风险较低外，其他五类行为均存在垄断风险；但《反垄断法》下，相应行为的认定门槛较高、监管关切相对更侧重大企业对整体市场竞争秩序的损害。《征求意见稿》中，相应行为适用门槛较低，但罚则上向《反垄断法》看齐，合规风险不容忽视。

（一）以限流、屏蔽方式等干扰正常交易

具有相对优势地位的经营者，如果通过影响用户选择、限流、屏蔽、搜索降权、商品下架等方式，干扰正常交易，

将构成不正当竞争行为。实践中，平台公司可能会通过开发并使用巡检系统，获取同时在本平台和其他平台开展经营活动的商家信息后，通过限流、屏蔽、下架商品等方式，强迫平台商家接受“二选一”等要求。此项行为已经进入监管视野，²并且，此前公布的《禁止网络不正当竞争行为规定（征求意见稿）》（《网络不正当竞争规定》）也对此行为予以规制。

合规建议：采用限流、屏蔽等严重限制本平台商家与用户正常交易的方式，强迫商家接受“二选一”等要求，不光是《征求意见稿》的关注，也在《电子商务法》中有原则性规范。从《反不正当竞争法》角度，经营者在评估合规风险时，可以侧重关注自身相对于交易相对方是否在规模、渠道、数据控制等方面具有显著优势、以及交易相对方是否为了与本方持续合作已做出大量难以转移到其他用途上的投资。

（二）拦截、屏蔽其他经营者网络产品或服务

经营者利用技术手段，在无正当理由的情况下，拦截、屏蔽其他经营者合法提供的网络产品或服务的内容、界面，将构成不正当竞争行为。例如，部分浏览器或插件可以过滤视频网站等的贴片广告。现行法律规定下，对于此类拦截、屏蔽行为的规制，主要是基于《反不正当竞争法》第十二条第二款第四项的兜底条款。考虑到《互联网广告暂行办法》仅从行政规章的层面确定了广告拦截、屏蔽行为的违法性，但未明确责任条款，《网络不正当竞争规定》在不正当竞争领域直接引入了对拦截、屏蔽网络产品或服务行为的规制。《征求意见稿》本项增补，可以避免对此类典型行为仍然适用兜底条款进行规制的过大自由裁量权。

需要提示的是，除拦截、屏蔽行为外，采用技术手段，对其他经营者合法提供的网络产品或者服务的内容、页面进行限制，能否落入本条规制范围，尚不明确。《网络不正当竞争规定》除拦截、屏蔽外，还列举了修改、关闭、卸载三类情形；从行为影响程度的角度出发，我们理解，以上三类行为尽管在《征求意见稿》中未明确列举，但可能为“拦截、屏蔽等”所包含。就该项的具体适用，还需要未来监管与司法实践的进一步澄清。

¹ 《征求意见稿》第三十七条 经营者违反本法第二条规定，且本法和有关法律、行政法规未作明确规定，严重破坏竞争秩序、确需查处的不正当竞争行为，由国务院市场监督管理部门认定。

² 请参见国家市场监督管理总局国市监处〔2021〕3号行政处罚书。

合规建议：经营者在考虑拦截、屏蔽或限制其他经营者的网络产品与服务时，应当对相关网络产品和服务进行评估，如其确系合法提供，可进一步参考《网络不正当竞争规定》，从促进创新、提高效率、保护消费者权益（如用户正常使用互联网服务的权利、知情选择权、隐私权等）等角度进行分析；在不能确认存在拦截、屏蔽的正当理由的情况下，避免采取此类限制措施。

（三）排斥、妨碍其他经营者的接入或交易

经营者利用技术手段，违反行业惯例或技术规范，不当排斥、妨碍其他经营者产品或者服务的接入和交易等，导致市场公平竞争秩序受到扰乱的，将构成不正当竞争行为。在互联网平台的商业实践中，各公司普遍会围绕自身产品建设闭环生态，以保证流量与用户的黏度与稳定性，而拒绝与其他经营者（尤其是具有竞争关系的经营者）开放端口、兼容系统或达成合理交易等。

此前，市场监管总局已经以行政指导书的形式，要求公司依法加大平台内数据和支付、应用等资源端口开放力度，不得在无正当理由的情况下拒绝交易、阻碍跨平台互联互通和互操作。³尽管本项新规与《关于推动平台经济规范健康持续发展的若干意见》相一致，但由于本条未设置经营者规模或用户门槛等适用要求，监管部门与公司未来应当考虑结合行业惯例和技术规范，审慎评估决策。

合规建议：在评估其他经营者的接入与交易时，考虑到目前现行规范暂未细化合规开放共享生态的具体要求，经营者可主动对行业惯例和技术规范进行梳理，避免显著偏离行业实践与相关技术规范；此外，需要注意的是，如果开放其他经营者接入或交易，涉及 SDK 收集用户信息或其他数据对外提供行为的，还需要遵守个人信息保护的相关规则，进行披露并完善相关数据安全保障措施。

（四）数据不正当竞争行为

结合目前的司法实践，对不正当竞争行为的判断是大量涉及数据的司法裁判的重点和难点。例如，在（2016）

京 73 民终 588 号案⁴和（2018）浙 01 民终 7312 号案⁵中，法院经审理均认为侵权方获取并使用被侵权方相关信息的行为手段侵犯了被侵权方的竞争利益，可能危害用户的信息安全，或违反诚信道德原则，扰乱市场秩序，因而构成不正当竞争。在上述案件中，法院在认定不正当竞争行为上，是以《反不正当竞争法》第二条为基础，结合涉案数据的性质（是否具有财产性）、案件的损害后果、因果关系等多方因素进行个案判断，而非以明确且统一的标准认定行为的不正当性。

《征求意见稿》第十八条进一步明确了利用数据获取不正当竞争优势的范围，并列出了典型方式。从其规制的范围看，第十八条虽然并未超出《反不正当竞争法》第二条，但将第二条的基本思路扩展到数据领域，总体上明确了数据领域反不正当竞争行为的类型，从而使企业获得了更为明确的合规路径。

合规建议：经营者在开展数据业务的过程中，应当避免侵犯第三方竞争性利益。例如，在使用爬虫等技术手段时，企业应当关注被爬网站 Robots 协议或版权声明所载内容，避免因绕过 Robots 协议爬取数据而侵犯第三方数据权益。同时，企业还应防止对数据的不当利用。例如，在“公共数据不正当竞争第一案”⁶中，法院提及使用公共数据需遵守基本的注意义务，防止不当使用给数据原始主体带来利益损害。尤其是对于发布重大负面敏感信息，可以采取数据过滤、交叉验证等方式，确保数据质量，防止误导公众。

（五）大数据杀熟行为

经营者根据用户的偏好、交易习惯等特征，利用算法在交易条件上实施不合理的差别待遇，以及其他不合理限制的，将构成不正当竞争行为。参考《网络不正当竞争规定》第二十一条的内容，如果经营者利用算法收集、分析用户的交易信息、浏览内容及次数、交易时使用的终端设备的品牌及价值等方式，对交易条件相同的交易相对方在交易价格、交易机会等交易条件上实行不合理的差别待遇，属于此次《征求意见稿》所禁止的大数据杀熟行为。

³ 请参见国家市场监督管理总局市监行指反垄〔2021〕1号行政指导书。

⁴ 请参见北京知识产权法院（2016）京 73 民终 588 号民事判决书。在该案中，被告非法抓取、使用原告用户信息，并且在被告平台进行展示，该行为侵犯了原告的竞争性利益。

⁵ 请参见杭州市中级人民法院（2018）浙 01 民终 7312 号民事判决书。在该案中，被告远程组织帮助他人获得原告运营的数据产品中的相关数据，并从中获取利益，侵犯了原告的竞争性利益。

⁶ 请参见杭州铁路运输法院（2019）浙 8601 民初 1594 号民事判决书。在该案中，原告因被告不当发布与客观事实不符的误导性数据，导致原告商誉受损。

基于2021年11月出台的《上海市网络交易平台网络营销活动算法应用指引（试行）》与我们的相关经验，经营者实施差别待遇的合理理由可能包括：（1）基于消费者实际需求，且符合正当的交易习惯和行业惯例，实行不同交易条件；（2）基于针对新用户在合理期限内开展的优惠活动；（3）基于平台公平、合理、无歧视的规则实施的随机性交易；（4）基于保障弱势群体利益和安全而做出的限制或差异性对待等。

合规建议：经营者应优化自身算法决策规则，避免将用户的交易历史、浏览次数、支付意愿、个体偏好、支付能力、依赖程度、交易时使用的终端设备品牌等作为与平台用户进行交易的条件参数。

（六）自我优待行为

《禁止滥用市场支配地位行为规定（征求意见稿）》在现有滥用行为的基础上，针对平台经营者新增“自我优待”这一特殊行为类型，⁷系在我国反垄断法法律框架下首次对自我优待进行明文规制。自我优待行为在实践中通常表现为，平台经营者（尤其是具有相对优势地位的平台经营者），利用数据、流量等优势以及平台规则，通过屏蔽第三方经营信息、不正当干扰商品展示方式等，更加优待自身业务。除上述典型情形外，市场监管总局还在其官网罗列了自我优待行为的其他形式，包括：（1）利用控制非公开数据的优势进行自我优待，如通过收集和分析自身掌控的数据在经营过程中进行选品决策，从而形成竞争优势或通过其平台算法将流量引导到己方提供的商品上；（2）利用直接控制消费者“选择”的优势进行自我优待，如搭售自家商品。⁸

我们注意到，本次《征求意见稿》中并未专门提及这一在平台竞争领域的热点问题，但是《征求意见稿》第十三条第（六）款提及的“搜索降权”，以及第十七条提及的“利用平台规则妨碍其他经营者提供交易”等行为在实践中均是常见的自我优待的实现方式。基于此，即使没有市场支配地位，甚至不存在相对优势地位，平台经营者通过此类手段实施自我优待行为仍可能受到《反不正当竞争法》规制。

合规建议：平台企业在拟实施上述行为前，应当谨慎评估企业所处的市场环境以及企业与交易相对人之间的市场力量，充分论证合理性与正当性，并预测推演行为可能对平台内其他经营者、消费者以及市场整体竞争秩序带来的影响。这一点对于中小平台同样适用。

三、针对新增的不正当竞争行为，执法机关将如何处罚？

（一）以限流、屏蔽方式等干扰正常交易，如何处罚？

根据《征求意见稿》第五条的规定，由县级以上市场监督管理部门负责对不正当竞争行为进行查处。针对以限流、屏蔽方式等干扰正常交易的不正当竞争行为，执法机关将责令停止违法行为，没收违法所得，处十万元以上一百万元以下的罚款；情节严重的，处一百万元以上五百万元以下的罚款；情节特别严重，性质特别恶劣，严重损害公平竞争秩序或者社会公共利益的，由省级以上人民政府监督检查部门责令停止违法行为，没收违法所得，处上一年度销售额百分之一以上百分之五以下的罚款，并可以责令停业、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照。同时，经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员对不正当竞争行为负有个人责任的，处十万元以上一百万元以下的罚款。

此前，根据《网络不正当竞争规定》，针对此类行为，执法机关将“处十万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，处五十万元以上三百万元以下的罚款。”此次《征求意见稿》大幅提升了罚款额度，并与此前《反垄断法》的修法思路相衔接，将该类不正当竞争行为的罚款额度与经营者上一年度销售额挂钩，表明了执法机关日渐趋严的监管态度。而增加的个人责任，也为企业建设、完善合规体系提供了内在动力。

（二）拦截、屏蔽其他经营者网络产品或服务，如何处罚？

针对拦截、屏蔽其他经营者网络产品或服务的不正当竞争行为，执法机关将责令停止违法行为，没收违法所得，处十万元以上一百万元以下的罚款；情节严重的，

⁷ 《禁止滥用市场支配地位行为规定（征求意见稿）》第二十条规定，“禁止具有市场支配地位的平台经营者利用数据和算法、技术以及平台规则等，没有正当理由，在与该平台内经营者竞争时，对自身给予下列优惠待遇：（一）对自身商品给予优先展示或者排序；（二）利用平台内经营者的非公开数据，开发自身商品或者辅助自身决策。”

⁸ 请参见：https://www.samr.gov.cn/wljys/ptjyj/202207/t20220718_348712.html

处一百万元以上五百万元以下的罚款；情节特别严重，性质特别恶劣，严重损害公平竞争秩序或者社会公共利益的，由省级以上人民政府监督检查部门责令停止违法行为，没收违法所得，处上一年度销售额百分之一以上百分之五以下的罚款，并可以责令停业、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照。同时，经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员对不正当竞争行为负有个人责任的，处十万元以上一百万元以下的罚款。相较于此前《反不正当竞争法》第二十四条的罚则，本次修法大幅提高了处罚力度：

《反不正当竞争法》第二十四条	《征求意见稿》第三十六条、三十八条
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，处十万元以上五十万元以下的罚款；	实施网络不正当竞争行为的，处十万元以上一百万元以下的罚款；
情节严重的，处五十万元以上三百万元以下的罚款。	情节严重的，处一百万元以上五百万元以下的罚款。
/	情节特别严重，性质特别恶劣，严重损害公平竞争秩序或者社会公共利益的，处上一年度销售额百分之一以上百分之五以下的罚款，并可以责令停业、吊销相关业务许可证或者吊销营业执照。

（三）排斥、妨碍其他经营者接入或交易等网络不正当竞争行为，如何处罚？

针对排斥、妨碍其他经营者接入或交易等网络不正当竞争行为，根据《征求意见稿》第三十六条、第三十八条，罚则与前述以限流、屏蔽方式等干扰正常交易的不正当竞争行为、拦截、屏蔽其他经营者网络产品或服务的不正当竞争行为相同。需注意的是，此项对各项网络不正竞争行为的罚则，除适用于本文第二部分第（二）节至第（六）节的各项行为外，还适用于《征求意见稿》第二十条所规定的“其他网络不正当竞争行为”。考虑到“其他网络不正当竞争行为”仍有待于执法机构在后续执法实践中进一步明晰，因而，此项高额罚则的适用范围，还有进一步扩大的风险。

尽管《征求意见稿》尚未正式落地，企业应当对上述新增不正当竞争行为保持持续关注，确保自身合法合规运营、避免触碰法规红线。

（四）达成和解或做出裁决即可免于处罚？

根据现行《反不正当竞争法》第二十七条，经营者可能承担责任类型包括民事责任、行政责任和刑事责任；当民事责任与其他责任同时存在时，如违法经营者的财产不足以支付，优先用于承担民事责任。在此基础上，本次《征求意见稿》第四十一条进一步明确可以不进行调查、终止调查或免除处罚的条件，具体包括（1）相关经营者已经就民事责任承担达成和解或法院已进行裁决；且（2）经营者行为并未对竞争秩序和公共利益造成损害。

上述新增规定在一定程度上体现出《反不正当竞争法》与《反垄断法》在立法目的和治理逻辑上的区别。从性质上看，《反垄断法》更具公法属性，主要维护自由竞争的市场结构和公平竞争的机制，《反不正当竞争法》更具私法属性，主要维护商业伦理道德和保护经营者的合法权益。⁹ 由于垄断行为严重排除、限制竞争，因此当出现垄断行为时，为了保证市场的正常运转，必须由国家机关通过政策执法对反竞争现象进行调整。但《反不正当竞争法》则聚焦于微观领域，主要解决市场中个别经营者的反竞争行为，调整个别经营者之间的关系，因此在执法中往往需要尊重合同双方的意思

⁹ 请参见：<http://tfs.mofcom.gov.cn/article/bc/200509/20050900341909.shtml>。

自治。由于法院的裁决或经营者和解可以作为经营者达成合意的佐证，因此在相关行为不对竞争秩序和公共利益造成损害的情况下，原则上没有紧迫的公权力介入的必要性。

在此基础上，应当如何判断经营者行为是否达到需要公权力介入调整的标准就变得尤为重要。我们理解，核心判断标准在于相关竞争行为的效果是否“溢出”，达到了需要公权力调整的范畴。举例而言，如某经营者与其下游个别经销商因实施限定交易产生纠纷并达成和解，由于个别经营者之间限定交易通常并不会限制相关市场的竞争，甚至可能由于专营而提升市场认知、“降本增效”，因此该行为并没有调查的必要。但是，如果该经营者与所有下游经销商均达成限定交易安排，且行业内普遍采取此种经营模式，则不排除形成累积效应，例如导致新进入市场者难以找到合适的经销渠道，从而对竞争秩序和公共利益产生影响。在该场景下，即使该经营者可落入“安全港”内从而不受《反垄断法》规制（“安全港”规则也会考虑对市场竞争的损害，但两者标准如何衔接目前尚无定论），也依然可能因违反《反不正当竞争法》第十三条第（四）款引起监管调查。

结语

随着数字经济的不断发展，面对不断涌现的新型不正当竞争行为，本次《征求意见稿》引入“相对优势地位”概念，扩展完善了数字经济等领域不正当竞争行为类型，并大幅提升了不正当竞争行为法律责任。本文旨在结合我们的实践经验和观察，对《征求意见稿》中的重点问题进行分析解读，为广大经营者跟进立法动态，适时调整合规举措，确保合规经营提供有益参考。

感谢实习生罗嗣昊和黄易懿对本文作出的贡献。

加强全链条竞争监管，规制数字经济不正当竞争——《反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》解读

刘成 李雨濛 王梦真

2022年11月22日，国家市场监督管理总局（市场监管总局）公布了《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》（《修订草案》）¹。这是继2019年《中华人民共和国反不正当竞争法》（现行反不正当竞争法）修订完成后，我国再次将反不正当竞争法修订提上立法日程。

现行反不正当竞争法主要规制以下类型行为：

- 商业混淆²；
- 商业贿赂³；
- 虚假宣传或虚假交易⁴；
- 侵犯商业秘密⁵；
- 虚假有奖销售⁶；
- 商业诋毁⁷；以及

- 妨碍、破坏其他经营者合法网络产品或服务（流量劫持、不当干扰行为、恶意不兼容等）（即互联网专条）⁸。

而随着新经济、新业态、新模式的出现，利用数据、算法、平台规则等实施的新型不正当竞争行为亟待规制⁹。2022年3月，党中央、国务院印发《关于加快建设全国统一大市场的意见》，提出建设高效规范、公平竞争、充分开放的全国统一大市场，要求加快推动反垄断法和反不正当竞争法修改，加强全链条竞争监管执法，以保障公平竞争。同时，加强对平台经济、共享经济等新业态领域不正当竞争行为的规制，整治网络黑灰产业链条，治理新型网络不正当竞争行为¹⁰。习近平总书记在第十九届中央委员会向党的二十大作报告时也指出，“加强反垄断和反不正当竞争，破除地方保护和行政性垄断，依法规范和引导资本健康发展”¹¹。

《修订草案》体现了上述原则，对平台经济新业态下的不正当竞争行为重点加强监管，同《反垄断法》一道形成全链条的竞争监管环境。在本文中，我们将对《修订草案》的主要变化进行解读。

¹ 市场监管总局关于公开征求《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》意见的公告，2022年11月22日发布，具体参见 https://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202211/t20221121_351812.html。

² 具体参见现行反不正当竞争法第6条。

³ 具体参见现行反不正当竞争法第7条。

⁴ 具体参见现行反不正当竞争法第8条。

⁵ 具体参见现行反不正当竞争法第9条。

⁶ 具体参见现行反不正当竞争法第10条。

⁷ 具体参见现行反不正当竞争法第11条。

⁸ 具体参见现行反不正当竞争法第12条。

⁹ 参见关于《中华人民共和国反不正当竞争法（修订草案征求意见稿）》的说明。

¹⁰ 参见《中共中央国务院关于加快建设全国统一大市场的意见》，具体请见国家政府网，http://www.gov.cn/zhengce/2022-04/10/content_5684385.htm。

¹¹ 参见中国共产党第二十次全国代表大会报告，具体请见 http://www.news.cn/politics/cpc20/2022-10/25/c_1129079429.htm。

一、与时俱进，增设数字经济领域新型不正当竞争行为

针对数字经济领域新型不正当竞争行为，《修订草案》在现行不正当竞争法对流量劫持、不当干扰行为、恶意不兼容进行规制的基础上，进一步总括性地强调了企业不得利用数据和算法、技术、资本优势以及平台规则等从事不正当竞争行为¹²；同时，新增了5类违法行为类型，即恶意交易、通过关键词联想、设置虚假操作选项等方式实施流量劫持、平台封禁、数据非法抓取、以及大数据杀熟。

值得注意的是，考虑到数字经济领域不正当竞争行为认定的复杂性，《修订草案》第21条特别指出，认定上述行为是否构成不正当竞争，需要考虑¹³：

- 对消费者、其他经营者合法权益以及社会公共利益的影响；
- 是否采取强制、胁迫、欺诈等手段；
- 是否违背行业惯例、商业伦理、商业道德；
- 是否违背公平、合理、无歧视的原则；
- 对技术创新、行业发展、网络生态的影响等。

对于《修订草案》新增的5类数字经济领域不正当竞争行为，具体解读如下：

（一）恶意交易行为

《修订草案》新增第14条，经营者不得为了牟取不正当利益，实施下列恶意交易行为，妨碍、破坏其他经营者的正常经营：

- （1）故意通过短期内与其他经营者进行大规模、高频次交易、给予好评等，引发相关惩戒，使其他经营者受到搜索降权、降低信用等级、商品下架、断开链接、停止服务等处置；

- （2）恶意在短期内拍下大量商品不付款；
- （3）恶意批量购买后退货或者拒绝收货；
- （4）其他利用规则实施恶意交易，不当妨碍、破坏其他经营者正常经营的行为。

解读：

- 上述第（1）款规制的是实践中的反向刷单行为。在此前市场监管总局发布的《禁止网络不正当竞争行为规定（征求意见稿）》（《网络不正当竞争规定（征求意见稿）》）¹⁴中已有类似规定，禁止经营者通过恶意触发平台的反刷单惩罚机制，妨碍其他经营者正常经营、减少竞争对手的交易机会。新增的第（2）（3）款所规制的行为对象，即恶意在短期内拍下大量商品不付款以及恶意批量购买后退货或拒绝收购，也通常会妨碍其他经营者正常经营。
- 目前执法实践中尚未有针对恶意交易的公开处罚案例，但我们注意到，反向刷单已引发诉讼案件¹⁵。恶意交易通常具有损害竞争的效果，其一方面损害被刷单经营者的合法权益，导致其因为平台的惩罚机制或者虚假刷单和退货而遭受相应损失；另一方面将损害平台的合法权益，降低消费者对电商平台的信赖以及社会公众对平台的良好评价。

（二）通过关键词联想、设置虚假操作选项等方式实施流量劫持

《修订草案》第15、16条是对现行反不正当竞争法第12条（即互联网专条）的完善。

第15条强调，“经营者不得利用数据和算法、技术以及平台规则等，通过影响用户选择或者其他方式，扰乱市场公平竞争秩序”，并澄清，“前款所称影响用户选择，包括违背用户意愿和选择权、增加操作复杂性、破坏使用连贯性等”¹⁶。

¹² 参见《修订草案》第4条。

¹³ 参见《修订草案》第21条。

¹⁴ 参见第17条。

¹⁵ 参见 CCTV 新闻网《全国首例电商平台起诉反向刷单者案宣判：赔偿并道歉》，访问于 <http://news.cctv.com/2019/04/12/ARTIAEizkCkMGWmMcQV9ps5U190412.shtml>。

¹⁶ 参见《修订草案》第15条。

第 16 条在原来的流量劫持、恶意不兼容、不当干扰行为的基础上，增设了“利用关键词联想、设置虚假操作选项等方式，设置指向自身产品或者服务的链接，欺骗或者误导用户点击”的流量劫持行为¹⁷。

解读：

通过搜索关键词设置提高自身流量、点击是网络营销的常见手段。其具体做法包括：

- 直接将他人具有一定影响的商业标识设置为搜索关键词，诱导消费者进入其网站或链接。针对这种行为，《修订草案》指出，其同时可能构成商业混淆。
- 通过关键词联想，设置指向自身产品或者服务的链接，欺骗或者误导用户点击。例如在用户使用某搜索引擎进行搜索的情形下，输入法软件公司在用户输入关键词时，插入输入法软件公司自己运营的搜索引擎的结果，并诱导用户点击相关链接。该种行为有可能导致消费者点击该经营者的产品或服务，从而劫持其他经营者的流量。

我们注意到，针对关键词联想 / 设置，已引发较多的诉讼案件。在相关案例中，认定是否构成不正当竞争行为时，“是否会造成竞争对手商业利益和竞争机会的减损”是法院的重要考量因素之一¹⁸。

（三）平台封禁

《修订草案》新增第 17 条，“经营者不得利用技术手段、平台规则等，违反行业惯例或者技术规范，不当排斥、妨碍其他经营者合法提供的产品或者服务的接入和交易等，扰乱市场公平竞争秩序。”

解读：

我们理解，该条主要旨在规制不同互联网平台之间的互联互通和增加互操作性问题。

目前针对互联网平台之间拒绝开放 API 端口的行为，在法律层面主要根据《反垄断法》第 22 条第 3 款“拒绝

交易行为”规制，其要求平台企业对第三方开放 API 端口，至少需要满足该平台“具有市场支配地位”的前提条件。同时，针对平台之间的拒绝交易行为，《国务院反垄断委员会关于平台经济领域的反垄断指南》指出，“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”构成拒绝交易，并提出了认定平台是否构成必需设施的考虑因素。这似乎意味着在《反垄断法》的规制体系下，认定平台之间的违法封禁有较高的门槛。

《修订草案》第 17 条，将实质性降低规制的门槛。执法部门无须认定平台企业的“市场支配地位”，只需考虑行业管理和技术规范以及损害其他竞争者、消费者利益、无正当理由等因素，即可认定平台拒绝开放行为的责任。

（四）非法抓取数据行为

《修订草案》新增第 18 条，经营者不得实施下列行为，不正当获取或者使用其他经营者的商业数据，损害其他经营者和消费者的合法权益，扰乱市场公平竞争秩序：

- （1）以盗窃、胁迫、欺诈、电子侵入等方式，破坏技术管理措施，不正当获取其他经营者的商业数据，不合理地增加其他经营者的运营成本、影响其他经营者的正常经营；
- （2）违反约定或者合理、正当的数据抓取协议，获取和使用他人商业数据，并足以实质性替代其他经营者提供的相关产品或者服务；
- （3）披露、转让或者使用以不正当手段获取的其他经营者的商业数据，并足以实质性替代其他经营者提供的相关产品或者服务；
- （4）以违反诚实信用和商业道德的其他方式不正当获取和使用他人商业数据，严重损害其他经营者和消费者的合法权益，扰乱市场公平竞争秩序。

同时，《修订草案》厘清商业数据的概念，指出“商业数据，是指经营者依法收集、具有商业价值并采取相应技术管理措施的数据。获取、使用或者披露与公众可以无偿利用的信息相同的数据，不属于本条所称不正当获取或

¹⁷ 参见《修订草案》第 16 条第 2 款。

¹⁸ 参见 (2018) 粤 0306 民初第 1861 号；(2017) 苏民申 2676 号等。

者使用其他经营者商业数据。”

解读：

针对非法抓取数据行为，在境内外已出现一些典型的诉讼案例¹⁹。在我国的相关诉讼中，法院在认定数据抓取是否构成不正当竞争行为时，其主要考虑的因素包括如下：

- (1) 行为要件：经营者利用技术手段，非法抓取、使用其他经营者的数据。
- (2) 结果要件：
 - 对其他经营者合法提供的网络产品或者服务的主要内容或者部分内容构成实质性替代；
 - 不合理增加其他经营者的运营成本，妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务的正常运行；
 - 严重损害其他经营者和消费者的合法权益，扰乱市场公平竞争秩序。

我们理解上述认定思路与《修订草案》中体现的考虑因素基本一致。

（五）大数据杀熟

《修订草案》新增第 19 条，“经营者不得利用算法，通过分析用户偏好、交易习惯等特征，在交易条件上对交易相对方实施不合理的差别待遇或者进行不合理限制，损害消费者、其他经营者的合法权益和社会公共利益，扰乱市场公平竞争秩序。”

解读：

- (1) 该条主要针对的是大数据杀熟行为。针对大数据杀熟问题，传统的认定思路是需要根据《反垄断法》第 22 条第 6 款对于差别待遇的相关规定认定“市场支配地位”和确认无正当理由抗辩。但是，从近年的监管趋势上看，即使不具有市场支配地位的企业（特别是平台企业），从事大数据杀熟

行为也具有合规风险。例如，此前，《网络不正当竞争规定（征求意见稿）》已指出不得利用算法等实施大数据杀熟行为；《上海市网络交易平台网络营销活动算法应用指引（试行）》第九条规定已指出，网络交易平台经营者利用消费者个人信息开展网络营销活动算法应用时，应当按照《个人信息保护法》的规定，不得对消费者在交易价格、交易机会等交易条件上实行不合理的差别待遇（有正当理由抗辩除外）。

- (2) 值得提示的是，在现实生活中，对于消费者给与差别待遇，不仅体现在平台给予不同消费者不同的价格，其也可能通过发放返利、折扣等各种方式，企业需要针对相关场景审慎评估。

二、增加相对优势地位条款，强化对中小市场主体的权益保护

本次《修订草案》另一引人注目的修改是引入“相对优势地位”概念，其旨在强化对中小市场主体合法权益的保护。

根据《修订草案》第 13 条，具有相对优势地位的经营者无正当理由不得实施下列行为，对交易相对方的经营活动进行不合理限制或者附加不合理条件，影响公平交易，扰乱市场公平竞争秩序：

- 强迫交易相对方签订排他性协议；
- 不合理限定交易相对方的交易对象或者交易条件；
- 提供商品时强制搭配其他商品；
- 不合理限定商品的价格、销售对象、销售区域、销售时间或者参与促销推广活动；
- 不合理设定扣取保证金，削减补贴、优惠和流量资源等限制；
- 通过影响用户选择、限流、屏蔽、搜索降权、商品下架等方式，干扰正常交易；

¹⁹ 参见 (2016) 沪 73 民终 242 号。

- 其他进行不合理限制或者附加不合理条件，影响公平交易的行为。

而对于如何认定“相对优势地位”，《修订草案》规定，“包括经营者在技术、资本、用户数量、行业影响力等方面的优势，以及其他经营者对该经营者在交易上的依赖等。”²⁰

解读：

(1) 2016年《反不正当竞争法》送审稿中，曾尝试引入相对优势地位的概念，但最终未能入法。本次修订草案再次提出相对优势地位，如最终纳入立法，这意味着企业需要承担更高的合规要求，“二选一”“限定交易”“排他交易”等行为，即使对于不具有市场支配地位的企业，也将成为合规高风险领域。

(2) 但是，对于如何认定具有相对优势地位，《修订草案》中的规定仍较为模糊。参考境外的一些标准，其可能需要通过该经营者的采购/销售占比、交易对象转向其他经营者的可能性等因素，考量对该经营者的依赖性：

- 根据日本公平交易委员会颁布的《滥用反垄断法下的相对优势地位指南》²¹，如果一方当事人不能与另一方维持经常性的交易关系，会给自己的经营活动带来很大的困难，由此不得不接受对方当事人提出的不利交易条件，这种情况下，可以认定存在相对优势地位关系。对于依赖关系的确定，需要考虑特定平台的销售额或销售数量占其总体销售额或销售数量的比例、是否有其他平台可供选择、转向其他平台所需付出的成本、甚至特定平台未来的发展前景等因素。
- 针对互联网平台可能存在的滥用问题，《德国反限制竞争法》规定了“滥用相对优势地位”条款，并对滥用相对交易优势地位行为

和滥用相对市场优势地位行为分别进行了规制。滥用相对交易优势地位的行为，是指如果某经营者控制了其他经营者开展自身业务必需的数据，那么其他经营者相对于该经营者具有依赖性。当该经营者拒绝以合理对价开放必需数据时，则构成不当阻碍。滥用相对市场优势地位的行为，是指如果在多边市场或网络市场中具有相对市场优势地位的经营者阻碍竞争者获得正向网络效应，并且导致绩效竞争具有受到严重影响的危险，那么该行为便构成法律禁止的不当阻碍。前者侧重于保护中小企业的利益，防止具有较大依赖性的大企业对中小企业施加不正当竞争行为。后者侧重于预防市场倾覆的危险，即在平台企业获得市场支配地位之前，对市场行为进行提前的干预和规制²²。

三、“帮助”他人实施不正当竞争行为，纳入监管

此前，在市场监管总局公布的《网络不正当竞争规定（征求意见稿）》中，对于商业混淆、虚假宣传，已加入兜底条款，经营者不得帮助其他竞争者从事前述行为。

《修订草案》在总则部分强调经营者不得实施或者帮助他人实施不正当竞争行为的原则²³，并在具体的行为类型增设相应条款：

- 不得帮助实施商业混淆行为：经营者不得销售构成混淆的商品，不得为实施混淆行为提供仓储、运输、邮寄、印制、隐匿、经营场所等便利条件²⁴。
- 不得帮助实施虚假宣传：经营者不得通过组织虚假交易、虚构评价等方式，帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传，不得为虚假宣传提供策划、制作、发布等服务²⁵。
- 不得帮助获取商业秘密：经营者不得以盗窃、贿

²⁰ 参见《修订草案》第13条。

²¹ 参见：https://www.jftc.go.jp/en/legislation_gls/imonopoly_guidelines_files/101130GL.pdf。

²² 参见《数字背景下德国滥用市场力量行为反垄断规制的现代化——评《德国反限制竞争法》第十次修订》，袁嘉。

²³ 参见《修订草案》第2条。

²⁴ 参见《修订草案》第7条第2款。

²⁵ 参见《修订草案》第9条第3款。

赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密并允许他人使用获取的商业秘密；不得帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密²⁶。

解读：

针对互联网领域，上述条款是否意味着，平台对平台内经营者的经营行为如未承担相应的监管责任，也可能被认定构成“帮助”？

根据平台对平台上的经营者的行为的参与程度不同，从目前的司法实践来看，不同的平台企业，其监管义务标准有所不同。根据相关法院案例：

- (1) 提供搜索引擎服务的网络服务提供商，对被搜索网站内容可以主张无逐条审查的义务²⁷；
- (2) 如果相关平台参与网络推广内容的制作或发布，通常需要承担更高的审核义务，包括对审核推广内容进行实质性审核²⁸。

对于其他类型的网络服务，平台企业的审核和监管义务需要结合事实情况具体分析。

四、查漏补缺，完善传统不正当竞争行为在数字经济场景下的应用

对于传统的不正当竞争行为，即商业混淆、商业贿赂、虚假宣传、侵犯商业秘密、虚假有奖销售和商业诋毁行为，伴随着互联网经济的日趋活跃，监管执法中遇到越来越多利用网络从事相关不正当竞争行为的情况。针对这一问题，《修订草案》对现行不正当竞争行为的表现形式进行了补充完善，加强了对利用网络从事不正当竞争行为的规制。

我们将具体相关修订内容归纳如下：

行为类型	完善 / 补充互联网场景下不正当竞争行为场景
禁止从事商业混淆行为 (《修订草案》第7条)	除擅自使用他人具有一定影响的商品名称、包装、装潢等行为外，《修订草案》指出，下述利用互联网从事商业混淆行为，构成不正当竞争： <ul style="list-style-type: none">擅自使用与他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、页面设计、自媒体名称、应用软件名称或者图标等相同或者近似的标识或者页面；擅自将他人有一定影响的商业标识设置为搜索关键词，误导相关公众。
禁止从事虚假宣传行为 (《修订草案》第9条)	<ul style="list-style-type: none">新增虚假宣传的互联网场景，指出经营者得对商品或者商品经营者的类别、来源、交易信息、经营数据等相关信息作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导相关公众，也构成虚假宣传。明确商业宣传不仅包括通过经营场所、展览活动、电话、宣传单等方式进行展示、演示、推介等，也包括通过网站、自媒体等方式进行的商业宣传活动。明确虚构评价构成不正当竞争行为。

²⁶ 参见《修订草案》第10条第1款。

²⁷ 参见(2020)京0108民初38447号。

²⁸ 参见(2020)粤73民终719号。

行为类型	完善 / 补充互联网场景下不正当竞争行为场景
禁止从事虚假有奖销售行为（《修订草案》第 11 条）	在互联网场景下，企业更容易修改和调整有奖销售规则。《修订草案》特别指出，有奖销售活动开始后，经营者不得变更有奖销售信息（包括奖的种类、兑奖条件、奖金金额或者奖品等），除非该项变动有利于消费者。
商业诋毁（《修订草案》第 12 条）	在互联网场景下，存在雇佣水军对他人进行商业诋毁等情况。《修订草案》指出，指使他人实施商业诋毁的行为纳入规制范围。

五、加大法律责任，提高违法成本

在法律责任方面，《修订草案》加大了对相关不正当竞争行为的处罚力度，并且增加了个人责任。具体如下：

- 对于违法行为，执法部门有权责令停止违法行为。
- 《修订草案》总体上提高了罚金的上限，对于侵犯商业秘密、商业诋毁、滥用相对优势地位、网络不正当竞争行为等，其罚款上限可以达到 500 万人民币。
- 对于情节特别严重、性质特别恶劣、严重损害公平竞争秩序或者社会公共利益的滥用相对优势地位 / 网络不正当竞争行为，经营者还可能面临处上一年度销售额 1%-5% 的罚款、责令停业、吊销执照等处罚，而其法定代表人，主要负责人和直接责任人员，可被处 10 万元以上 100 万元以下的罚款。
- 对帮助实施混淆行为、虚假宣传的行为规定法律责任：《修订草案》规定对于知道或者应当知道他人混淆行为、虚假宣传行为仍提供帮助的，适用从事该不正当竞争行为的罚则。对销售混淆商品，如能证明不知道其他经营者从事混淆行为的，在此情况下，责令停止销售。

结语

自 2020 年中央经济工作会议多次提出“强化反垄断和防止资本无序扩张”以来，平台经济领域和数字领域的垄断、不正当竞争行为成为监管重点。

本次修法无疑体现了这一监管趋势。我们期待，在《修订草案》正式通过后，《反垄断法》和《反不正当竞争法》将构成全链条的竞争法监管环境，保证和促进我国各市场主体的公平竞争。

反垄断诉讼解析（一）——垄断协议案件如何评估排除、限制竞争

宁宣凤 张若寒 张天杰 张英伦

引言

《中华人民共和国反垄断法》（《反垄断法》）正文中共有十七处提到“排除、限制竞争”，但没有一处对“如何认定、评估排除、限制竞争”做出说明。在一些判决中，当事人曾实施商业贿赂的事实，也被用于佐证其所在的市场“竞争充分”——潜台词是，竞争太激烈，已经无所不用其极——进而证明其垄断行为没有“排除、限制竞争”。除了令人莞尔，这一现象也让人发问，作为《反垄断法》核心的“排除、限制竞争”，到底在讲什么？

自《反垄断法》生效以来，我国反垄断诉讼可谓筚路蓝缕，从垄断行为的认定到损害后果的评估，各地各级法院都走过了漫长摸索的道路，不断积累的司法判例丰富了相关法律分析要件的内涵和外延，拓展了举证论述的方法和途径。值此2022年《反垄断法》首次修正的契机，我们通过梳理超过200件高级人民法院、最高人民法院审理的反垄断案件，以系列文章的形式，分享十余年间反垄断诉讼中的亮点与疑点。本篇作为系列的开篇之作，聚焦垄断协议案件中有关排除、限制竞争的讨论。

一、排除、限制竞争，看目的还是效果？

《反垄断法》第十六条规定，“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。”尽管曾经有过争议，但目前业界普遍认为排除、限制竞争效果属于垄断协议的构成要件之一，这一观点也在（2015）

民申字第2313号¹，（2021）最高法知民终1298号²（“最高院1298号”）等案件中予以确认。

对于排除、限制竞争目的而言，虽然《反垄断法》通篇没有出现“目的”二字，行政执法机构也由于可以推定垄断协议的排除、限制竞争效果而通常不拘泥于对目的的探讨，但也许是因为诉讼中当事人的创造力总是无穷的，法院在案例中多次讨论了垄断协议的排除、限制竞争目的。例如（2017）最高法民申2850号³案中，法院就论证双方的约定“并未达到排除、限制竞争的目的。”在（2021）最高法知民终2253号案⁴中，法院又明确指出“各类民事合同如果具有排除、限制竞争的目的或者效果，均可能构成垄断协议。”这是否意味着排除、限制竞争目的与效果一样，属于垄断协议的构成要件之一？

对这一话题一锤定音的是最高院1298号案。在本案中，法院指出垄断协议“应以该协议是否具有排除、限制竞争的效果为核心标准……协议的签订背景及各方达成协议时的主观动机等可以作为认定的参考。”法院随后补充道，“主观动机仅仅是参考因素……仅此亦不足以确定或者否定涉案调解协议对市场竞争的效果如何。”

由此，综合法院在多个案例中的说理可以得出，排除、限制竞争目的是认定垄断协议的参考因素之一，但其既非充分又非必要条件。具有排除、限制竞争目的不当然构成垄断协议，不具有该目的也不当然免于垄断协议的认定。

¹ 最高人民法院（2015）民申字第2313号民事裁定书，裁定内容请参见：<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ020BXS4/index.html?docId=CwrcwtsbZx7fBfh-V0jlpTF40TobssbFkwkupEPSft6Se3YVcsK1G/UKq3u+IEo44AtI8EZAoC0LcwCPgVhCplnZ5dSj5ziUJ2xQjdB/WaKOHxybQ/SvNcese+ELfpaq>。

² 最高人民法院（2021）最高法知民终1298号民事判决书，判决内容请参见：<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ020BXS4/index.html?docId=SSXPf0f4N9nl-W8ad8WxPyZeZ/vThVeXCqxdnG1ROEgfm+pglHWgHRvUKq3u+IEo44AtI8EZAoC0LcwCPgVhCplnZ5dSj5ziUJ2xQjdB/WaKOHxybQ/SvNXWQLb0VpUyz>。

³ 最高人民法院（2017）最高法民申2850号民事裁定书，裁定内容请参见：<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ020BXS4/index.html?docId=bJZNhdNjllw-fuZN46KwWYRHnVQhPo1p4DixwwKxvTqCpF9ik83hZYVvUKq3u+IEo44AtI8EZAoC0LcwCPgVhCplnZ5dSj5ziUJ2xQjdB/WaKhhxqbz3w7CSqdSkHE+3o>。

⁴ 最高人民法院（2021）最高法知民终2253号民事判决书，判决内容请参见：<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ020BXS4/index.html?docId=MBVeB52r+gW-8PVPcdgasyilCoUa/B7hbYoy69ycTXOSjcCoxknnj1QfUKq3u+IEo44AtI8EZAoC0LcwCPgVhCplnZ5dSj5ziUJ2xQjdB/WaKhhxqbz3w7Pyfi3FjvhR/>。

值得指出的是，这一点已经与欧盟相关规则有所区别。在欧盟，排除、限制竞争目的独立于排除、限制竞争效果，本身即可构成对竞争的限制。在欧盟委员会颁布的 De Minimis Notice 中，也明确指出具有排除、限制竞争目的的协议无法适用“安全港”规则。这也是我国《反垄断法》脱胎于欧盟竞争法，但在我国社会经济活动中生根发芽的一个体现。

二、纵向垄断协议，如何评估排除、限制竞争效果？

《反垄断法》第十八条第二款规定，经营者能够证明纵向垄断协议不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止。《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》第十五条第一款规定，经营者与交易相对人在相关市场的市场份额低于 15%，且无相反证据证明其排除、限制竞争的纵向垄断协议，不予禁止。

与主要关注违法行为是否会对市场整体产生反竞争影响的行政执法不同，以被告民事责任为主导的民事诉讼中，法院通常不会直接推定纵向垄断协议的排除、限制竞争效果，而是根据“谁主张，谁举证”的原则，由原告承担被告纵向垄断协议具有排除、限制竞争效果的举证责任。

法院采取这一较为稳当的分析方法也与纵向垄断协议并非一概反竞争，可能会对经济和竞争产生积极作用的属性相统一。简言之，纵向垄断协议可能有利于推动新产品进入市场，提高资源配置效率，减少“搭便车”，促进品牌间竞争，以及改善售后服务等，有利于扩大产品的生产和销售，惠及消费者，从而对市场竞争起到积极推动作用。这一观点也在（2016）粤民终 1771 号⁵（“广东高院 1771 号”）案中被法院确认。

当然，纵向垄断协议对竞争产生的消极影响也是毋庸置疑、显而易见的。由此，如何评估纵向垄断协议的排除、限制竞争效果，是众多纵向垄断协议诉讼中的争议焦点。在这些案例中，（2012）沪高民三（知）终字第 63 号⁶（“上海高院 63 号”）、广东高院 1771 号、以及（2018）沪民终 475 号⁷（“上海高院 475 号”）案给予了较为明

确的指导。具体而言，判断纵向垄断协议的排除、限制竞争效果，应当从：1) 相关市场竞争是否充分；2) 被诉经营者在相关市场的市场力量是否强大；3) 被诉经营者限定最低转售价或固定转售价是否具有限制竞争动机；以及 4) 竞争效果四个方面进行举证、分析。

（一）相关市场竞争是否充分

分析市场竞争是否充分首先需要依据国务院反垄断委员会《关于相关市场界定的指南》界定涉案产品市场和地域市场，在此基础上分析评估市场整体竞争环境、市场竞争结构（如竞争者数量、品牌数量、竞争者市场份额占比）、买方对价格的敏感程度、价格竞争压力、市场进入壁垒高低、潜在市场进入者数量等因素综合判断相关市场竞争充分与否。

（二）被诉经营者在相关市场的市场力量是否强大

市场份额是经营者市场力量的直接体现。在纵向垄断协议案件中，法院也大多考虑了涉案经营者及其主要竞争对手在相关年份的市场份额。例如，上海高院 63 号案中，法院认为“实施最低转售价格限制的企业在相关市场具有很强的市场地位，能够对市场竞争产生影响，应当作为限制最低转售价格协议构成垄断协议的重要条件。”在广东高院 1771 号案中，法院进一步认为“实施最低销售价格限制的企业在相关市场具有支配或优势地位，是认定限制最低转售价格行为具有排除、限制竞争效果的前提和基础。如果企业的市场地位较低，产品所占市场份额过少，则可以直接排除限制最低转售价格协议构成垄断协议的可能。”由此可见，在民事诉讼中法院倾向认为纵向垄断协议的排除、限制竞争效果与被告的市场力量具有较强关联性。

但是对于市场力量较低时，能否直接认定不具有排除、限制竞争效果，进而直接排除构成垄断协议的可能性，我们建议持谨慎态度。由于行业、产品、案情的不同，即便市场份额较低，但如果买方对价格不够敏感（如客户自身不承担费用，而是由第三方报销），涉案经营者长期具有很强的定价能力（如相关产品价格多年保持较高水平），

⁵ 广东省高级人民法院（2016）粤民终 1771 号民事判决书，判决内容请参见：<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=dv6wNnAVY-W90HPUCv79GfDhGR/KaeNRvjE019HLHwO/4YkNqlySgWgfUKq3u+IEo44AtI8EZAoC0LcwCpGvHcPlnZ5dSj5ziUJ2xQjdB/WaKNXyipfA2rw9/CjB5txuPO>。

⁶ 上海市高级人民法院（2012）沪高民三（知）终字第 63 号民事判决书，判决内容请参见：<http://gongbao.court.gov.cn/Details/55d47a6027b07c2b5ffc9b458d1a8.html>。

⁷ 上海市高级人民法院（2018）沪民终 475 号民事判决书，判决内容请参见：<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=8+rxcRm40tO-b9i1Gbdllp/32ZeD8e1lb/0jYoeNCiToxH5amStxpEPUKq3u+IEo44AtI8EZAoC0LcwCpGvHcPlnZ5dSj5ziUJ2xQjdB/WaJ+3r0bcBaWuhv/Zs0Y6nXt>。

市场进入壁垒较高（如要求研发能力、需要取得行政许可、被专利保护等），也仍然有可能产生排除、限制竞争效果，继而构成纵向垄断协议。这一论证方式也在上海高院 63 号案中 被法院使用。因此，将市场力量的强大与否视为重要条件，综合考虑涉案行为的其他三个方面，也许是更为客观的方式。

除市场份额以外，法院在评估经营者市场力量时也考虑产品定价能力、品牌影响力、对交易相对方 / 经销商的控制力或经销商对品牌的依赖程度、对销售渠道的管控能力、原材料控制力等因素进行综合分析论证。我们认为，上述因素无论是对未来诉讼案件举证或反证市场力量，还是根据《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》第十五条主张适用或不适用“安全港”规则，均具有一定参考意义。

（三）实施纵向垄断协议的动机

如本文第一部分所述，排除、限制竞争目的是认定垄断协议的参考因素之一。但对于如何判断主观动机，法院在不同案件中采取了不同的论证方式。在上海高院 63 号案中，法院从众多证据中抽丝剥茧，通过《经销合同》中有关维护市场价格体系的条款以及经销活动中依靠客户关系维持价格的行为，最终认定被上诉人采取回避价格竞争的策略，动机在于维持价格水平。

在广东高院 1771 号案中，法院认为涉案产品“还不到消费者非买不可抑或不可或缺的程度。”法院进而分析认为如果被上诉人目的是提高销售价格，获取高额垄断利润，消费者完全可以选择放弃涉案产品转而购买其他替代产品，这对于被上诉人并非明智之举。因此，被上诉人实施纵向垄断协议的目的并非是通过排除、限制竞争而获取高额垄断利润。

而在上海高院 475 号案中，法院没有反驳前审法院通过限制最低转售价的措施是否温和、相关协议中的措辞态度是否严厉、以及最低转售价本身在逐年下降的事实，认定被上诉人实施纵向垄断协议动机的强弱。

由此我们认为，实施纵向垄断协议的动机在诉讼案件中值得单独分析举证，不容忽视，也不能想当然耳。与交

易相对方签署的经销协议等文件中，如果要求交易相对方维护市场价格体系，禁止任何形式的恶意竞价行为，或将有效控价作为绩效考核的情形，均可能会成为不利因素影响动机的认定。

（四）竞争效果

在分析纵向垄断协议的竞争效果时，法院在不同案件也采取了不同的解读。上海高院 63 号案中，法院对比认为被上诉人未能证明其主张的促进竞争效果，而涉案行为的限制竞争效果又十分明显。在广东高院 1771 号案中，法院认为需要从后果的角度判断排除、限制竞争效果。而在上海高院 475 号案中，法院没有反驳前审法院的解读方式，认为应当主要关注品牌间竞争而非品牌内竞争。这是因为品牌间竞争往往主导品牌内竞争，且消费者的利益可以通过品牌间竞争进行保障。法院进一步通过即使存在涉案行为，相关市场上消费量仍然持续上升、价格持续下降，且最低转售价格也在逐年下降的事实，认定被告无法排除、限制竞争。

的确，从消费者的角度来说，当品牌间竞争充分时，如果经营者通过限制品牌内竞争的方式提高价格，消费者就会流向其他品牌。但是，如果经营者的市场力量较强或市场竞争并不十分充分，如消费者对价格不敏感时，其品牌内的竞争本身就占据了整体市场竞争的重要部分。此时就需要同时考虑纵向垄断协议对品牌内竞争的影响。换言之，如果经营者品牌内的竞争可以较大程度上直接影响到品牌间的竞争，或品牌间的竞争不足时，此时的纵向垄断协议就有较大可能产生排除、限制竞争效果，进而影响消费者的利益。

但是对于是否可以直接通过市场总体消费量上升、价格下降以及最低转售价格本身逐年下降的事实，得出纵向垄断协议没有排除、限制竞争的结论，我们建议持谨慎态度。我们认为，品牌内竞争以何种方式、多大程度上传导至并影响品牌间竞争，是较为复杂的经济学问题。即使市场总体消费量上升、价格下降，也很可能是整体市场发展的前提下，已经被排除、限制了一部分竞争的后果。因此，我们建议经营者评估品牌内竞争对品牌间竞争的影响时，谨慎考虑相关经济学问题，避免仅通过抽象推定的方式得出结论。

三、横向垄断协议，可否证明不具有排除、限制竞争效果？

与纵向垄断协议不同，横向垄断协议是一种排除、限制竞争效果更为明显，对消费者损害也更为严重的一种垄断协议。因此，我国采用举证责任倒置的方式，由被告对横向垄断协议不具有排除限制竞争效果进行举证。具体而言，《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》（《垄断司法解释》）第七条规定，被诉行为属于横向垄断协议的，“被告应对该协议不具有排除、限制竞争的效果承担举证责任。”

在过往案例中，我们注意到不同被告曾分别尝试提出自身市场份额低、市场准入门槛低、没有实际提高价格等主张，但均被法院认定尚不足以满足其举证责任。对于被告来说，如何证明横向垄断协议不具有排除、限制竞争效果，在实践中一直缺乏抓手。

但在最高院 1298 号案中，法院首次对被告在横向垄断协议案件中的举证责任进行了进一步澄清。具体而言，相较于《垄断司法解释》中规定由被告证明“不具有排除、限制竞争的效果”，本案中法院明确指出被告应证明横向垄断协议“具有促进竞争的效果”且“该效果超过了其排除、限制竞争的效果。”因此，对于达成实施横向垄断协议的经营者来说，除了举证证明其行为排除、限制竞争效果较小外，还需要从正面的角度证明其行为促进竞争的效果，并对促进竞争的效果和排除、限制竞争效果进行比较。但是，就如何将促进竞争与排除、限制竞争效果进行比较，最高院 1298 号案没有进行讨论。由此，我们引入（2021）最高法知民终 1722 号⁸（“最高院 1722 号”）案以供参考。

在最高院 1722 号案中，法院指出被告若主张其行为具有《反垄断法》第二十条法定豁免情形所指的积极竞争效果或经济社会效果，应当提供充分证据证明“该效果是具体的、现实的，而不能仅仅依赖一般性推测或者抽象推定”。以“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”为例，法院指出被告应当提供证据证明达成垄断协议前后相关市场的服务质量、成本、效率，对比说明其实际的积极效果；在主张消费者从中受益时，法院又指出被告应当提供证据证明达成垄断协议前后消费者的费用、其他成本、便利程度等。

我们认为，最高院 1722 号案中的思路一定程度上可以被经营者主张横向垄断协议不具有排除限制竞争效果时所参考。具体而言，当经营者按照最高院 1298 号案中的要求主张横向垄断协议的促进竞争效果超过排除限制竞争效果时，可以参照最高院 1722 号案中的思路，避免仅依赖一般性推测或抽象推定，而是通过举证达成垄断协议前后的产品 / 服务质量、成本、效率、价格等，具体、现实地对比促进竞争效果和排除、限制竞争效果。

结语

《反垄断法》作为规范市场竞争秩序、具有明显公法性质的法律，在生效的十余年间不断从行政执法的角度发挥着显著作用。在司法实践领域，虽然一度相对保守，但其也在不断被各地各级法院探索、打磨、创新，并积累了独到的司法经验。随着《反垄断法》首次修正以及民事公益诉讼的引入，我们相信司法经验的积累会驶上快车道。这些经验也将最终反哺行政执法领域，为行政执法机构和经营者处理反垄断法律问题提供参考。

感谢实习生罗嗣昊对本文作出的贡献。

⁸ 最高人民法院（2021）最高法知民终 1722 号民事判决书，判决内容请参见：<https://wenshu.court.gov.cn/website/wenshu/181107ANFZ0BXS4/index.html?docId=EZNru6mt/AXY-RwBbmJNwhu6M1yP3bx9hKNv0CoxRQFTH+Tef+f+mzvUkq3u+IEo44AtI8EZAoC0LcwCPgVhCplnZ5dSj5ziUJ2xQjdB/WaIV/w8pNATLz7DwhVpVWBj2>。

反垄断诉讼解析（二）——支配地位不是原罪

宁宣凤 张若寒 裴梦然 张英伦 牛映辉

引言

《中华人民共和国反垄断法》（《反垄断法》）第三章对滥用市场支配地位行为（滥用行为）进行规定，但其中没有一处提到“排除、限制竞争”。在《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》（《禁止滥用暂行规定》）中，也仅在兜底条款将排除、限制竞争效果作为构成要件。因此，对于《反垄断法》明确列举的六项滥用行为，原告是否需要证明其排除、限制竞争效果？具有市场支配地位的被告在形式上符合滥用行为时，又该如何抗辩？

自《反垄断法》生效以来，我国反垄断诉讼可谓筚路蓝缕。值此2022年《反垄断法》首次修正的契机，我们通过梳理超过200件高级人民法院、最高人民法院审理的反垄断案件，以系列文章的形式，分享十余年间反垄断诉讼中的亮点与疑点。在上一篇文章《反垄断诉讼解析——垄断协议案件如何评估排除、限制竞争》中，我们分享了法院对垄断协议排除、限制竞争的评估方法。本篇，我们将聚焦滥用行为案件中，被告被认定具有市场支配地位之后的法律问题。

一、未排除、限制竞争的“滥用行为”，是否违反《反垄断法》？

区别于垄断协议，《反垄断法》并未明确将排除、限制竞争列为滥用行为的构成要件，而仅在第七条规定“具有市场支配地位的经营者，不得滥用市场支配地位，排除、限制竞争。”在行政执法先例中，大多也没有对滥用行为如何排除、限制竞争展开具体分析。《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》（《反垄断司法解释》）第八条对滥用行为案件的举证责任进行了分配，仍没有提及是否需要，以及由谁来举证排除、限制竞争效果。与之相对，《反垄断司法解释》第七条则明确规定了被告对横向垄断协议不具有排除、限制竞争效果承担举证责任。

虽然行政执法中大多未对滥用行为的排除、限制竞争效果展开具体分析，但在司法实践中，法院较为一致地认为滥用行为需以排除、限制竞争效果为构成要件，且原告应当对被告滥用行为的排除、限制竞争效果负有举证责任。例如在（2021）最高法知民终7号（“最高院7号”）、（2017）最高法民申5063号（“最高院5063号”）案中，法院均整体指出滥用行为的合法性判断需“综合评估该行为对消费者和竞争造成的消极效果和可能具有的积极效果。”在其他案例中，也常见法院对特定滥用行为设置排除、限制竞争效果的构成要件。例如在（2016）最高法民申2473号（“最高院2473号”）案中，法院认为被告拒绝为尚未实名登记的停机号码恢复服务的行为没有增强被告自身经营优势，也

没有限制其他经营者，未产生排除、限制竞争效果。在（2016）最高法民再98号（“最高院98号”）案中，法院认为被告将数字电视基本收视维护费和付费节目费一起收取，影响了消费者选择其他付费节目提供者，也不利于其他付费节目提供者进入市场，具有排除、限制竞争效果。

由此可见，在反垄断民事诉讼中，至少对于绝大部分滥用行为（参见下文对例外情形的分析），原告需要对被告滥用行为的排除、限制竞争效果进行举证。对被告而言，其行为不具有排除、限制竞争效果也是可选的抗辩理由之一。

需要注意的是，虽然同为滥用行为，但《反垄断法》第二十二条所明确列举的六类行为却具有不同的排除、限制竞争效果。因此，双方当事人就不同滥用行为的排除、限制竞争效果进行论述时，所需主张的角度也应有所不同。但由于法条相对原则性、抽象化的表述，使得同一具体行为在形式上可能构成不同的滥用行为，类似法条竞合。例如，当经营者要求特定交易相对人支付更高的预付金，否则不予合作时，其行为既涉嫌构成附加不合理交易条件，又涉嫌构成差别待遇，还可能构成拒绝交易行为。有鉴于此，最高院7号案也指出，由于将市场经营行为准确对应滥用行为需要专业知识，如果原告具体诉请、事实和理由没有实质变化，二审改变所主张的滥用行为类别不视为变更诉讼请求。

但即使不视为变更诉讼请求，双方当事人也需注意不同滥用行为的区别。否则，如果某一滥用行为的违法性在于其限制了下游市场的竞争，而当事人却主要就上游市场的竞争效果发表意见，或难以充分对该行为的排除、限制竞争效果进行论证，进而难以得到法院支持。由此我们引入本文第二部分，即几种滥用行为，如何分别评估排除、限制竞争效果？

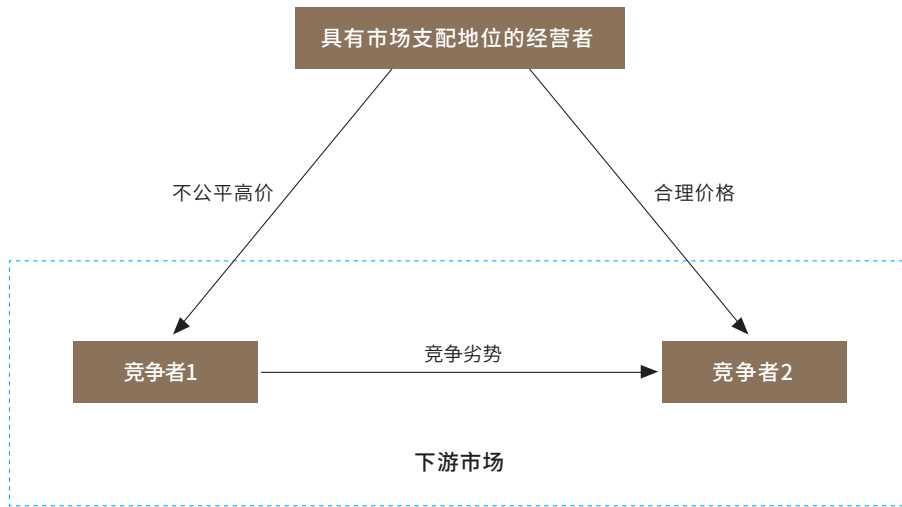
二、几种滥用行为，如何分别评估排除、限制竞争效果？

如上所述，我们可知在司法实践中，完整证明滥用行为的构成要件包括相关市场、市场支配地位、存在滥用行为、不具有正当理由、以及排除限制竞争效果。《禁止滥用暂行规定》对各类滥用行为的认定因素和正当理由进行了较详细的说明，相关市场和市场支配地位的认定在业内也已有较为充分的讨论，本文不再一一列举。因此，我们将主要从不同滥用行为的排除、限制竞争效果出发，结合部分行政执法与其他司法辖区先例，介绍司法实践中法院对不同滥用行为排除、限制竞争效果的讨论。

（一）不公平高价销售 / 不公平低价购买

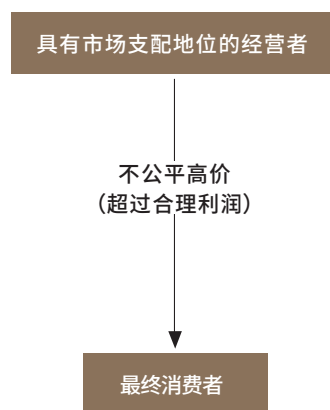
《反垄断法》第二十二条第一款第一项禁止具有市场支配地位的经营者以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品。

不公平高价销售 / 不公平低价购买行为的排除、限制竞争效果比较特殊。在（2013）粤高法民三终字第306号案中，法院分别对比了被告向不同交易相对人收取的标准必要专利固定许可费和按交易相对人销量折算的许可费率，作为判断被告是否存在过高定价的主要参考。随后，法院指出被告的不公平高价行为将导致原告“在相关终端市场竞争中成本增加、利润减少，直接制约其竞争能力”。此类案件中，不公平高价行为的排除、限制竞争效果并非体现在实施滥用行为者所在的市场，而是通过增加下游经营者成本、减少其利润的方式，体现在被实施不公平高价行为的经营者所在的下游市场中。但对于客户为最终消费者的情形，则难以套用此逻辑。



不公平高价损害竞争的原理

就此，虽然诸如美国等司法辖区认为合法具有市场支配地位的经营者赚取垄断利润并无不妥，但我国向来对经营者赚取过高利润持谨慎态度，这一点也在《中华人民共和国价格法》中予以体现。因此，即使是经营者直接面对最终消费者、不存在下游市场时，也可能涉嫌构成不公平高价行为。例如在（2015）沪高民三（知）终字第23号（“上海高院23号”）案中，法院指出消费者有证据证明被告收费远高于其成本并明显高于合理利润时，才可以认定被告属于垄断定价。但法院同时指出在市场上存在价格更低的竞争者，且原告完全可以选择其他产品或服务时，被告“并无控制价格并进而收取垄断高价的能力。”依照该判决逻辑，如果市场上不存在价格更低的竞争者供原告选择，那么虽然被告收取垄断高价的行为没有明显排除、限制竞争的效果，也可能构成滥用行为，违反《反垄断法》。



超过合理利润型不公平高价

而对于不公平低价购买行为，目前少有先例对其进行探讨。但类比不公平高价行为，我们认为理论上不公平低价

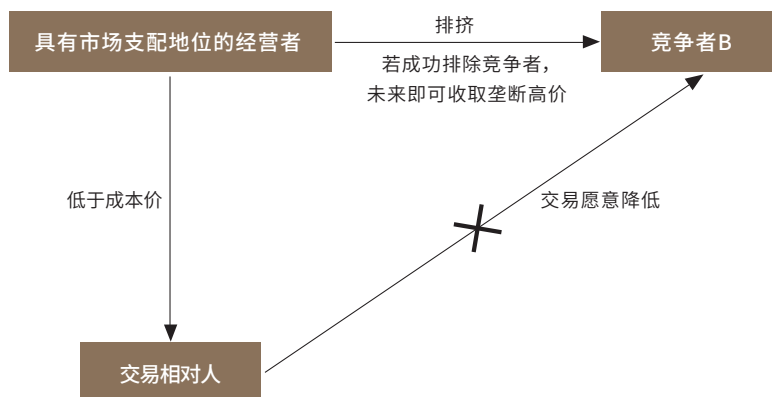
购买行为同样可能排除、限制上游采购市场的竞争，或可能以超过合理利润的形式直接构成违法。

关于举证责任，上海高院 23 号案将被告成本与利润情况、被告合理利润水平的举证责任交由原告承担，这极大增加了原告的诉讼难度。在（2016）粤民终 1771 号案中，法院也考虑到原告的举证能力有限，因此指出“涉及对市场竞争秩序的规范，关系到社会公共利益”的案件，人民法院“对举证问题不宜像审理普通民事案件一样处于被动地位，可以根据案情需要，主动依职权调取证据。但如果经原告举证和法院调取证据，仍无法收集到相关证据的情况下，举证不力的法律后果仍应当由原告承担”。这或许为原告满足其举证责任提供了一条捷径。但是实践中法院会在多大程度上依职权调查取证，仍取决于个案的具体情况。

（二）低于成本价销售

《反垄断法》第二十二条第一款第二项禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由，以低于成本的价格销售商品。

低于成本价销售行为的排除、限制竞争效果较为直观。如图所示，其主要体现在具有市场支配地位的经营者通过低于成本价销售行为将其他竞争者排挤出市场，进而不再有市场竞争能够约束经营者后，收取垄断高价。



低于成本价销售损害竞争的原理

如《反垄断法》第一条所述，其立法目的在于“保护市场公平竞争，鼓励创新，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益。”因此，如果经营者自身效率不高，成本高出其他竞争者，显然难以根据《反垄断法》主张其他竞争者构成低于成本价销售行为。此外，由于竞争者之间降价销售行为通常有利于消费者，因此对于如何综合认定低于成本价销售行为具有反竞争效果，还有待实践中进一步探索。

（三）拒绝交易

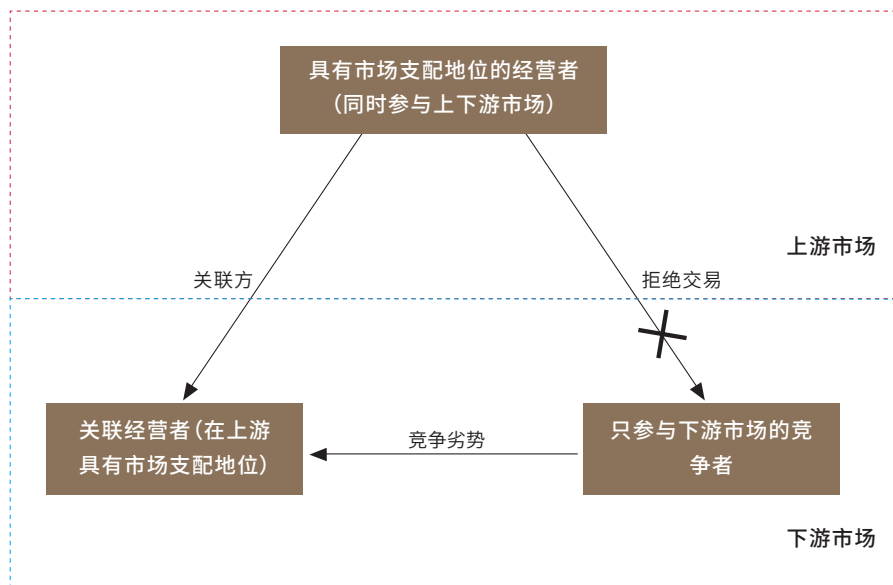
《反垄断法》第二十二条第一款第三项禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易。

拒绝交易行为的排除、限制竞争效果相对间接，有时甚至不会产生此等效果。例如在最高院 5063 号案中，法院认为被诉行为不存在使被告“增强经营优势、限制其他经营者经营能力的可能，也没有影响到市场竞争状况”或导致类似原告的生产企业缺乏其他选择。因此，被诉行为“不具有排除、限制竞争的效果。”

十分类似的，在最高院 2473 号案中，法院指出“判断是否排除、限制了竞争，应当基于被控行为对市场上其他经营者的影响而言。”法院随后认为被诉行为不存在使被告“增强经营优势、限制其他经营者的经营能力的可能，更没有影响到市场竞争状况或导致消费者缺乏其他选择”，因此被诉行为“未产生排除、限制竞争的效果。”

在（2018）京民终 440 号（“北京高院 440 号”）案中，法院明确指出拒绝交易行为排除限制竞争效果体现为“排斥了竞争者，巩固了其在相关市场上的支配地位，交易相对人在相关市场上无法扩大产出，产品或服务的数量减少、价格升高，最终也将损害消费者的利益。”法院进一步指出原告作为消费者，其不仅与被告之间“并不存在市场竞争关系或潜在的市场竞争关系，而且还属于……需要争取的市场服务客户。”被告“并非针对……特定的交易相对人，而是指向已经购买……的消费者整体，这与典型的拒绝交易行为具有显著差异。”

由上可见，在司法实践中，主要通过评估是否排斥与其竞争的其他竞争者，认定拒绝交易行为的排除、限制竞争效果。通常表现为具有市场支配地位的上游经营者同时直接参与下游竞争时（如同时参与批发和零售），通过拒绝与特定下游经营者合作的方式（如拒绝向零售商供货，以培养自己的零售业务），封锁下游经营者，排除、限制下游市场的竞争。



拒绝交易损害竞争的原理

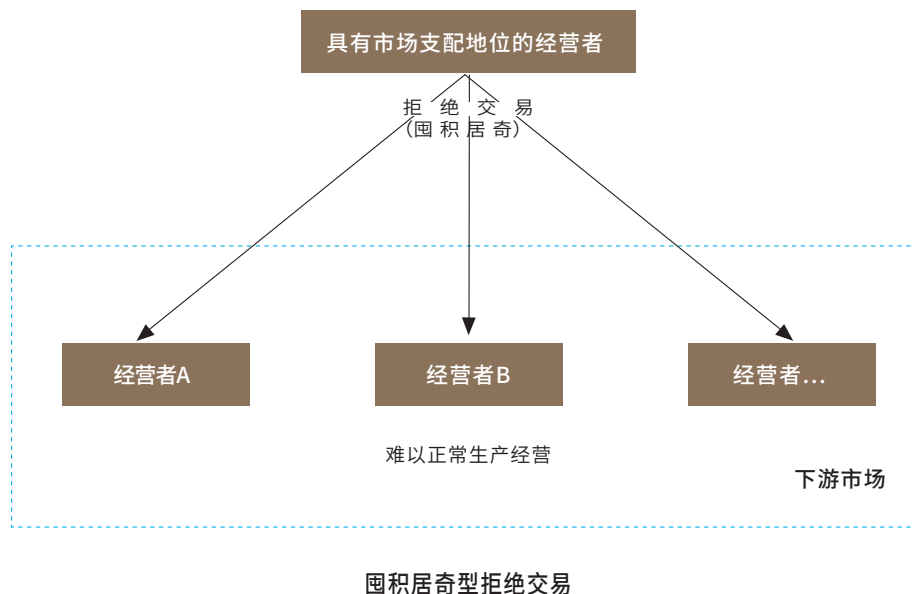
我国司法实践的上述认定也与其他主要司法辖区的认识相同。例如在欧盟电视节目单案¹中，在电视台数量稀少，主要依靠电视台各自印刷节目单向消费者提供其节目信息的时代（即电视台既参与上游电视节目市场，又参与下游

¹ 请参见：Radio Televis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission of the European Communities. - Competition - Abuse of a dominant position - Copyright. - Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P

节目单市场），两家电视台拒绝向一家试图出版综合性电视节目单的企业（即只参与下游节目单市场）进行许可。法院认为两家电视台通过拒绝行为排除了节目单市场的竞争，维持了他们在下游节目单市场的竞争地位，构成滥用行为。

在美国 Otter Tail 案²中，一家同时拥有电力资源和电力传输系统的电力公司拒绝向试图建立自有市政电力传输系统的城镇提供电力，以迫使当地继续使用该电力公司的电力传输系统。法院认为，电力公司的拒绝交易行为旨在维护垄断，限制了竞争，构成违法垄断行为。

此外，由于我国向来对经营者赚取过高利润持谨慎态度，因此在行政执法中也曾处罚“囤积居奇”型的拒绝交易行为。此类拒绝交易行为主要体现为具有市场支配地位的原料企业，无正当理由拒绝向下游多数或全部交易相对人供货，以人为实现供不应求价格高涨效果的行为。根据相关行政执法的逻辑，即使被告“囤积居奇”型的拒绝交易行为没有明显排除、限制竞争的效果，也可能构成滥用行为。



需要注意的是，并非所有最终未达成的交易都在形式上构成拒绝交易行为。在最高院 7 号案和（2017）最高法民申 4955 号（“最高院 4955 号”）案中，法院均指出判断拒绝交易行为需要分析“垄断行为人是否在适当的市场交易条件下能够进行交易却仍然拒绝交易。”例如在（2014）粤高法民三终字第 1141 号（“广东高院 1141 号”）案中，法院指出由于天气等客观原因导致航班取消，不属于拒绝交易行为。在北京高院 440 号案中，法院指出根据国家产业政策调整的要求而淘汰的服务，不属于拒绝交易行为。

此外，“意思自治”是《中华人民共和国民法典》所确定的一项基本原则。通常情况下，经营者具有自由选择交易或不交易的权利。因此，为了平衡拒绝交易行为对竞争的损害以及对民事主体“意思自治”原则的尊重，最高院 7 号案、北京高院 440 号案、广东高院 1141 号案中法院皆认为，只有当被拒绝交易的商品或服务对交易相对人必不可少、是其进行正常生产经营活动所必需时，拒绝交易行为才会导致交易相对人无法从其他市场经营者处寻找可替代的商品

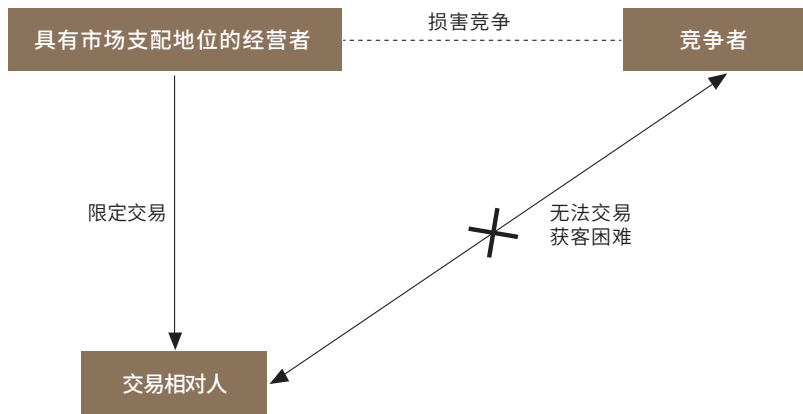
² 请参见：Otter Tail Power Co. v. United States, 410 U.S. 366 (1973)

或服务，进而阻碍其从事正常生产经营活动，产生排除、限制竞争效果。

（四）限定交易

《反垄断法》第二十二条第一款第四项禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易，或者只能与其指定的经营者进行交易。

在形式上，商业活动中常见的排他协议即可能构成限定交易行为。限定交易行为的排除、限制竞争效果较为直观，主要体现在通过锁定交易相对人的交易对象，使得竞争者的客户资源减少，进而难以竞争。



限定交易损害竞争的原理

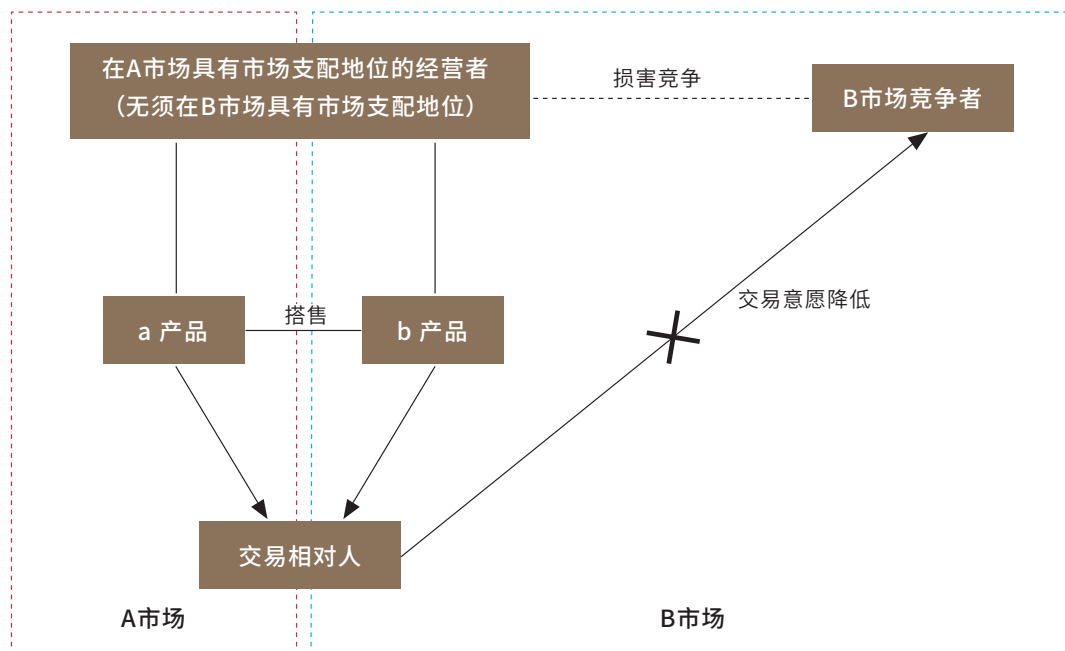
并非所有形式上构成限定交易的行为都会被法院认定为违反《反垄断法》。例如在（2016）苏民终 228 号案中，法院认为虽然被告限定原告只能与其交易，但由于相关市场实行许可制，而相关市场内除被告外并不存在其他拥有许可资质的经营者，使得原告本来也只能与被告交易，被告的限定交易行为并不违反《反垄断法》。我们认为，本案中法院提出的“若无测试”，即若无相关行为，市场竞争也不会有积极的效果，进而相关行为没有排除、限制竞争，不构成滥用行为，或许可以为未来滥用行为的抗辩提供一种新的思路。

（五）搭售

《反垄断法》第二十二条第一款第五项禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由搭售商品。

搭售行为的排除、限制竞争效果同样较为直观。在最高院 98 号案中，法院指出搭售行为“客观上影响消费者选择其他服务提供者”提供被搭售的产品或服务，“同时也不利于其他服务提供者进入”被搭售产品或服务的市场，“对市场竞争具有不利的效果。”在（2013）民三终字第 4 号（“最高院 4 号”）案中，法院明确搭售行为的排除、限制竞争效果体现为“搭售可能使得在搭售产品上市场具有支配地位的经营者将其竞争优势延伸到被搭售产品市场上。”

由此可见，搭售行为违法性体现为在 A 市场拥有市场支配地位的经营者通过销售 a 产品或服务时搭售 b 产品或服务，排除、限制了 B 市场的竞争。



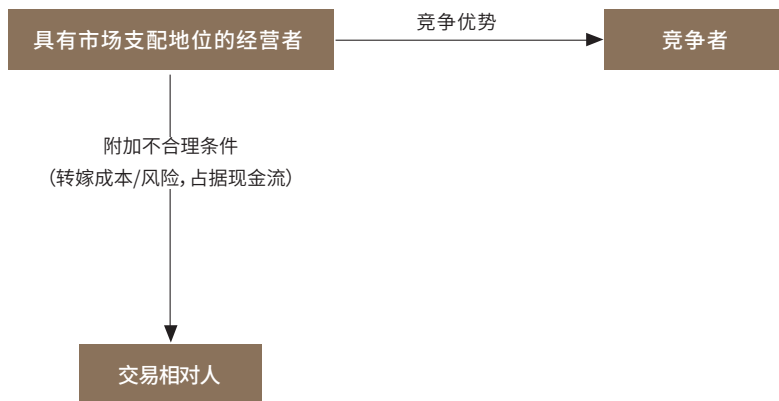
搭售损害竞争的原理

同样的，并非所有形式上一起销售的产品或服务都会被法院认定为违反《反垄断法》的搭售行为。在北京高院 440 号案中，法院就指出搭售行为的前提是搭售与被搭售的产品或服务相互独立，分别销售不会导致性能或性质的损失，消费者别无选择，以及从行业惯例、消费习惯、产品功能等角度分析搭售行为不具有正当性。在最高院 4 号案和（2016）陕民申 697 号案中，法院也对搭售行为提出了类似的构成要件，即搭售与被搭售的产品或服务相互独立，消费者被限制不得不接受，以及从行业惯例、消费习惯、产品功能等角度分析搭售行为不具有正当性。

（六）附加不合理交易条件

《反垄断法》第二十二条第一款第五项禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由，在交易时附加其他不合理的交易条件。

虽然《反垄断法》将搭售行为与附加不合理交易条件行为列于同一项条款中，但后者如何认定排除、限制竞争效果更不清晰。在司法实践中，目前未有案例对此进行详细论述。在行政执法中，附加不合理交易条件行为通常体现为要求交易相对人支付高额预付金，且预付金无法折抵货款的行为。行政执法机构通常认为此类行为不合理地占据了交易相对人的现金流，转移了经营者的成本和风险，加强了经营者的市场力量。



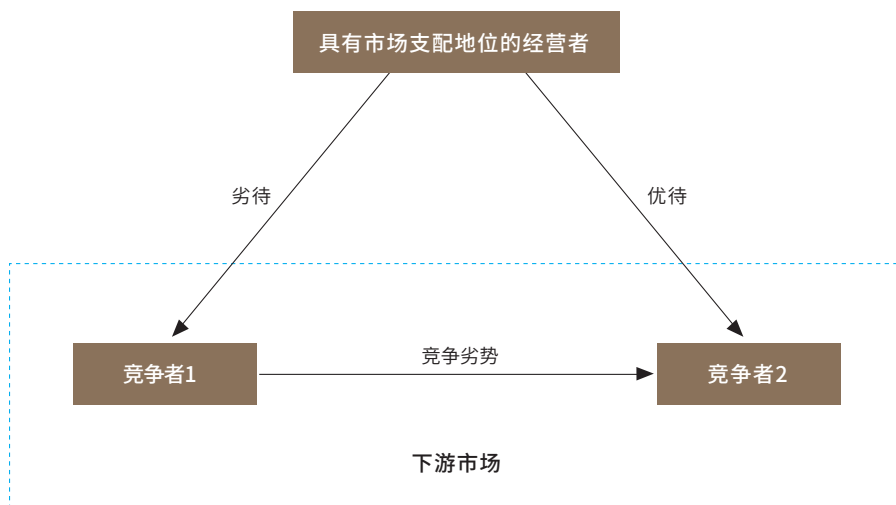
附加不合理交易条件损害竞争的原理

在司法实践中，法院也对附加不合理交易条件提出了更多的构成要件。例如在最高院 98 号案和北京高院 440 号案中，法院均指出附加不合理交易条件行为需在形式上满足在交易时即被附加条件、要求必须同时接受条件、且违背了相对人的真实意愿。但法院并未阐述如何评估此类行为的排除、限制竞争效果。

（七）差别待遇

《反垄断法》第二十二条第一款第六项禁止具有市场支配地位的经营者没有正当理由，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。

在司法实践中虽然不乏差别待遇的案例，但目前尚未有案例对其排除、限制竞争效果进行详细论述。自 2008 年《反垄断法》生效以来近 300 起行政执法案例中（未依法申报经营者集中除外），也仅有 3 起对差别待遇行为作出了处罚决定。在行政执法中，差别待遇行为通常体现为受优待的经营者获得了更多的经济利益和竞争优势，破坏了公平竞争的市场秩序，排除、限制了下游市场的竞争。



差别待遇损害竞争的原理

但是，针对不同交易对象，以不同的交易条件成交是常见的商业行为，因此构成《反垄断法》所禁止的差别待遇行为需要满足较为严格的条件。例如在最高院 2473 号案中，法院指出当交易相对人的条件不同，且被告并非单独对原告提出交易条件，而是通过一定客观条件对不特定群体进行区分时，不属于差别待遇行为。具体而言，付款方式、付款时间、支付费用的不同均属于不同条件的交易相对人。上海高院 23 号案中，法院也认为不同交易相对人的需求、交易数量、售后服务等存在区别，进而差别定价具有合理性。

结语

正如最高院 4955 号案所指出，对于“明显不会对相关市场竞争造成实质影响的合同纠纷，应该优选在合同法框架下解决，而不是直接诉诸反垄断法。”在（2017）最高法民申 2531 号案中，法院更是指出“反垄断法执法目标是为了促进竞争，而并非仅用于解决个别市场主体之间并不涉及排除、限制竞争内容的普通合同争议。”准确理解每种滥用行为所对应的排除、限制竞争效果，才能有针对性地在诉讼或行政执法中搜集关键证据、展开有效论证，并最终争取预期的效果。而对于上文中提及的几种特殊滥用行为，是否应将排除、限制竞争效果作为其构成要件，关乎反垄断的基本理念，有待司法和行政主管机构澄清。

金融行业反垄断合规锦囊之七问七答

柴志峰 刘琳琳 吴炜旻 宋雪影 谢悻康

前言

近年来，我国金融领域的公平竞争问题引起了众多政府监管部门的广泛关注。中国银行保险监督管理委员会（银保监会）在2022年1月24日召开的2022年工作会议中强调强化金融反垄断和反不正当竞争将是银保监会2022年重点工作任务之一。2022年3月2日，银保监会主席郭树清在国新办新闻发布会上再次明确表示金融领域反垄断是我国实现金融治理体系和治理能力现代化的必由之路，也是金融助力经济高质量发展的迫切需要。同时，反垄断立法层面也传达出金融业成为未来反垄断监管重点领域的强烈信号。2021年10月23日，《反垄断法》修正草案（征求意见稿）第三十七条明确提出，“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。”在2022年全国两会期间，不少全国人大代表亦对我国金融领域反垄断执法献计献策。

可以说，我国金融领域跨部门反垄断监管的模式已初露雏形。市场上一些具有较强反垄断合规意识的金融领域企业已经开始反垄断自我核查。那么金融领域企业的反垄断合规该做什么？如何做呢？金融领域业态多样，至少包括银行业、保险业、信托业、证券业和租赁业等细分领域。商业模式和市场结构上的差别使得不同细分领域所面临的反垄断问题和需要重点关注的合规要求也不尽相同。考虑到金融行业涉及的产品、市场、监管较为复杂，金融行业反垄断监管体现出区别于其他实体行业的多维度性。

在本文中，我们将分享我们对金融行业反垄断合规问题的浅见拙识，希望有所帮助。

七问七答

问题一：金融业经营者在日常运营过程中可能面临的垄断协议风险有哪些？

解答：

1. 横向垄断协议相关风险

《反垄断法》禁止同业竞争者之间就产品或服务的价格、销售数量、客户划分、客户抵制等方面达成合谋，最终

损害市场公平竞争和消费者的利益。

根据过往案例和我们的经验，金融业经营者在日常运营中较常见的垄断协议风险多见于同业竞争者之间在沟通、交流、合作过程中达成的横向安排中。

我国横向垄断协议执法多见于保险行业，证券行业等亦有所涉及。在过往的执法案例中，我们注意到我国反垄断执法机构主要查处的典型行为涉及：保险行业协会组织会员保险公司约定新车商业车险等保险折扣系数，并根据市场份额商定统一的商业车险代理手续费等；证券期货业协会发布证券期货业经纪业务自律公约，要求辖区内证券期货营业部新设账户股基交易佣金率、单个客户账户佣金率月均不低于某一固定标准，形成“最低”证券期货交易佣金标准的价格联盟等。

在银行业，早在 2013 年至 2016 年期间，我国反垄断执法机构便在公开采访中表示，在利率市场化改革推出以后，反垄断执法机构将重点关注银行是否会在一起协同贷款利率、刷卡费等。尽管目前我国公开渠道尚未出现单独针对银行业协同利率等横向垄断协议处罚的案例，境外相关案例已屡见不鲜。根据公开渠道信息，欧盟委员会已对多家银行进行过关于横向垄断协议（亦称卡特尔）的调查，并处以数 10 亿欧元的天价罚单，其中被处罚的行为涉及：银行间相互交换客户的敏感信息、联手制定外汇交易策略和交易方案，从而在大额外汇交易中不当得利；串通操纵多种货币汇率、相互交换商业敏感信息和交易计划；操纵 Euribor 和 Libor 等。

总结上述典型执法案例，我们注意到行业协会组织发布涉及价格、客户、产品数量等在内的自律公约，竞争者之间交换包括客户信息、费率水平、折扣系数等竞争性敏感信息进而达成合谋是在金融业领域垄断协议风险高发的行为。需提示各经营者，即便是在行业协会的指导下达成相关垄断协议的，相关经营者也不能因此免于处罚。所以，金融业经营者在参与行业协会组织的会议、达成相关合作安排或自律公约时应保持格外谨慎，评估是否可能具有涉嫌横向垄断协议的风险。同时，为防患于未然，金融业经营者应避免在包括行业协会、私下拜访等在内的任何场合与同业竞争者交流竞争性敏感信息。

2. 纵向垄断协议相关风险

金融产品和服务的供应链较为多元化。在提供产品和服务时，金融业经营者可能和众多第三方企业进行合作，例如使用其他方的销售渠道进行金融产品的分销等。

《反垄断法》禁止经营者与交易相对人达成固定转售价格或限制最低转售价格等排除、限制竞争的纵向垄断协议。金融业经营者在与供应链上的第三方进行合作时，应当时刻关注协议中是否包括限制性条款，以及限制性条款的内容、范围和效果等，以尽可能地避免纵向垄断协议的风险。

问题二：金融业经营者的哪些行为可能构成滥用市场支配地位？

解答：

市场支配地位是我国《反垄断法》语境下对于经营者市场力量的一种描述，通常指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件（商品品种、商品品质、付款条件、交付方式、售后服务、交易选择、技术约束等）

的市场地位。

经营者拥有市场支配地位本身并不违法。但是，如果拥有市场支配地位的经营者从事的某些行为会产生排除、限制竞争的后果，这种行为将构成违反《反垄断法》的滥用市场支配地位。通常，这些常见的滥用市场支配地位包括：过高定价、低于成本销售、拒绝交易、限定交易、搭售、差别待遇等。

结合过往执法案例和我们的经验，金融业经营者应当重点关注是否存在提供产品和服务时强制捆绑销售金融产品和服务、无合理理由拒绝交易、限定客户只能购买其指定的金融产品和服务、收取高于市场合理水准的服务费、对条件相同的客户收取不同的交易佣金或实施不合理的差别待遇等行为。

滥用市场支配地位行为通常需要复杂的综合分析，包括界定相关市场、分析市场力量、解析涉嫌滥用行为的内容和类型、并论证行为的合理性和行为对市场竞争造成的损害。建议相关经营者审慎评估其在相关市场上（比如谨慎起见，以最细分的业务类型为出发点）的市场力量，并梳理和排查业务运营中是否存在可能涉嫌滥用的行为，例如前面提到的搭售、过高定价等。如有发现，及时采取一些补救措施，例如，停止高风险行为、采取相应的整改措施等。

问题三：金融业经营者集中的具体表现形式有哪些？

解答：

关于“经营者集中”的定义，《反垄断法》并没有针对金融业的特殊规定。所以，金融业中的合并、股权收购、设立合营企业，以及其他产生控制权变化的交易都属于经营者集中的情形。

基于我国金融业市场的变化趋势以及我国金融业进一步对外开放的政策推动，我们注意到金融业经营者集中的交易模式越发多样化，其中以中小企业合并重组、与互联网科技公司或外资合作设立合营企业、外资入股中资企业的交易较为普遍。需要提示的是，不属于上述几种类型的交易仍然很可能构成经营者集中，企业同样需要警惕反垄断申报的义务。

问题四：获得其他监管部门的审批同意是否意味着不需要进行反垄断申报？

解答：

金融业是典型的多重监管行业，并且不同监管所侧重保护的法益不同。经营者集中申报所保护的法益是市场竞争和消费者权益。所以，无论是法理上还是实践中，获得其他监管部门的审批通过并不意味着交易不需要进行反垄断申报。举例来说，中资银行和外资企业合作设立合营企业可能需要获得中国银保监会的批准同意。但是中国银保监会的批准同意并不能豁免交易双方向反垄断局进行经营者集中申报的义务。

如上文所述，在立法层面，《反垄断法》修正草案（征求意见稿）第三十七条明确提出强化金融领域经营者集中审查的要求。在立法和执法均趋严的背景下，金融领域企业反垄断申报的必要性和紧迫性不容忽视。根据我们过往的申报经验，考虑到金融业多重监管的特点，我们建议企业合理设计交易时间表，将反垄断申报和向其他监管部门的申报合理衔接，有助于缩短整个交易完成的时间。

问题五：经营者集中所指的“控制权”与金融业监管所指的“控制”“实际控制”“控股”或“实质控制”等概念有何区别？

解答：

根据《反垄断法》及相关配套规则对经营者集中情形的规定，经营者取得对其他经营者的控制权或是能够对其他经营者施加决定性影响（控制权和决定性影响以下统称为“控制权”）是判断一个交易是否构成经营者集中的重要标准。

《国家市场监督管理总局关于经营者集中申报的指导意见》（以下简称《指导意见》）第三条指出，判断经营者是否通过交易取得对其他经营者的控制权，取决于大量法律和事实因素。集中协议和其他经营者的章程是重要判断依据，但不是唯一的依据。判断经营者是否通过交易取得其他经营者的控制权，通常需要考虑包括但不限于交易目的和未来的计划、交易前后股权结构及变化、股东大会的表决机制、董事会或监事会的组成及表决、高级管理人员的任免、股东与董事之间的关系以及经营者之间是否存在重大商业关系或合作协议等。

此外，《指导意见》也对新设合营企业的经营者集中判断标准作出了特殊的规定，即如果至少有两个经营者共同控制该合营企业，则构成经营者集中；如果仅有一个经营者单独控制该合营企业，其他的经营者没有控制权，则不构成经营者集中。

同时，如上文所述，金融业是典型的多重监管行业，金融业的监管部门对于金融机构股东对金融机构控制权的认定，也有各自的标准。例如，银保监会颁布的《商业银行股权管理暂行办法》规定了商业银行的控股股东和实际控制人的认定标准、中国人民银行颁布的《金融控股公司监督管理试行办法》规定了投资方实质控制金融机构的认定标准。除此以外，财政部颁布的《企业会计准则第 33 号——合并财务报表》同样对企业之间“控制”的概念作出了界定。

通过对法律法规条文的对比，可以发现反垄断局在审查经营者集中时对于“控制权”的认定标准与金融业监管部门对于“控制”“实际控制”“控股”或“实质控制”的认定标准在一定程度上有相似之处，如反垄断局与金融业监管部门均会将股权结构、三会运作等事项作为重要的认定标准；但是，反垄断局也会将经营者之间的商业关系和交易目的等商业维度的考量纳入“控制权”的认定标准当中。在金融机构设立实践中，也存在着金融业监管部门按照股权结构以及公司治理架构等标准认定金融机构存在唯一的控股股东或实际控制人，但反垄断局认为该金融机构作为新设合营企业，其多个股东作为经营者，构成了对该金融机构的共同控制，进而认定本次金融机构设立构成经营者集中的情况。因此，在金融机构设立或股权转让等交易过程中，企业需要审慎地考虑该交易被认定为经营者集中的可能性，并做好进行经营者集中申报的充分准备。

问题六：金融业经营者如何计算参与集中的经营者的营业额？

解答：

如上文所述，金融业和其他行业采用相同的经营者集中申报标准：即如果交易同时满足（1）属于“经营者集中”和（2）参与集中的经营者达到营业额标准，则需要进行反垄断申报。

考虑到金融行业的特殊性，金融业经营者（包括银行业金融机构、证券公司、期货公司、基金公司、保险公司等）营业额的计算需要参照《金融业经营者集中申报营业额计算办法》的特殊规定进行折算，具体计算规则如下：

金融业经营者	营业额要素	计算公式
银行业金融机构	利息净收入；手续费及佣金净收入；投资收益；公允价值变动收益；汇兑收益；其他业务收入	营业额 = (营业额要素累加 - 营业税金及附加) × 10%
证券公司	手续费及佣金净收入；利息净收入；投资收益；汇兑收益；其他业务收入	
期货公司	手续费及佣金净收入；银行存款利息净收入	
基金管理公司	管理费收入；手续费收入	
保险公司	保费收入 = 原保险合同保费收入 + 分入保费 - 分出保费	营业额 = (保费收入 - 营业税金及附加) × 10%

问题七：金融业经营者集中的相关市场该如何界定？

解答：

相关市场界定通常包括界定相关产品市场和地域市场。金融业经营者集中的相关市场界定没有特定的指南可以参照。

1. 相关产品市场

根据相关产品市场界定的一般要求，相关产品市场的范围取决于产品在需求与供给两个维度的可替代性程度。就需求替代而言，相关产品市场的界定主要考虑产品价格差异、特征差异、销售渠道差异等其他重要因素。就供给替代而言，主要考虑经营者的生产流程和工艺，转产的难易程度，转产需要的时间等因素。

金融服务业和产品的多样性以及行业监管框架的错综复杂给相关产品市场界定提出了一定的挑战。以银行业为例，银行从事的服务和产品可能包括存款业务、贷款业务、理财业务、金融机构业务、支付结算业务、投资银行业务等。同时，按照服务的对象，又可以分为个人业务和公司业务等。基于银行业的特性，反垄断局在界定相关产品时，可能会主要关注以下因素并进行综合分析：产品受众主体；用户的消费习惯；产品的特征（包括收益率，风险等）；是否需要不同的审批与许可；主要监管机构、政策、制度（包括最低注册资本、准备金，投资对象等）；产品分销的特点和渠道等。随着银行业服务和产品的不断创新，银行业金融机构的类型和业务逐渐呈多元化趋势，相关产品市场界定也必将与时俱进。

2. 相关地域市场

相关地域市场指的是经营者进行竞争的地域范围。通常而言，相关地域市场的界定需要考虑的要素包括：（1）需求者因商品价格或其他竞争因素变化，转向或考虑转向其他地域购买商品的证据；（2）商品的运输成本和运输特征；（3）多数需求者选择商品的实际区域和主要经营者商品的销售分布；（4）地域间的贸易壁垒；（5）特定区域的需求

者偏好、商品运进和运出该地域的数量等。

值得注意的是，不同金融产品和服务由于其自身特性，可能需要界定不同的相关地域市场。以银行业为例，结合实践经验，我们认为消费者的偏好、银行产品与服务获取的便利性、银行产品销售分布的特点、是否存在跨地域间的服务费等是影响银行业相关地域市场界定的重要因素。在我国，伴随着互联网的发展，银行利用网络银行和手机银行向更广泛的消费者提供各类线上服务，相关地域市场的界定也可能随之变化。横向比较来看，在银行业经营者集中相关地域市场的界定方法上，美国主要考虑银行的业务辐射范围。据此，美国《银行并购竞争审查》（1995）（Bank Merger Competitive Review）指出银行并购中的相关地域市场可能包括三个维度：（1）联邦储备市场（Federal Reserve market），即全国市场；（2）城市区域（Ranally Metropolitan Area）¹；（3）县（County）。考虑到中美银行机构以及中美客户消费习惯的不同，我国反垄断局对于银行业相关地域市场的界定思路可能与美国有所不同。

综上，合理界定一个符合实际的相关市场对申报获批至关重要。考虑到相关市场界定的重要性，我们建议相关企业在界定市场时，综合评估交易所涉相关金融产品或服务的特点，并在必要时寻求外部法律顾问的意见。

结语

《反垄断法》及相关配套法规对我们金融体系健康发展的重要性已经得到中央层面的认可。对于金融领域企业来说，反垄断合规刻不容缓。我们建议金融领域企业尽早建立反垄断合规管理制度，将反垄断合规纳入企业合规制度中，明确合规工作职责和负责人，根据自身规模、所处行业特性、市场情况等识别可能存在的包括经营者集中申报、垄断协议和滥用市场支配地位等反垄断合规风险，以免企业因为反垄断不合规行为造成经济或者声誉损失。

¹ 一种根据使用方法界定的地图区域，与最新版本的《兰德麦克纳利的商业地图和营销指导》（Rand McNally's Commercial Atlas and Marketing Guide）的经济数据相关联。

最高院判决提示：委托生产安排可能存在反垄断风险

刘成 李雨濛 王梦真 叶弘韬

2022年3月21日，最高人民法院（最高院）知识产权法庭公布了一起典型案例，在该案件中，原被告之间有关无载变压器开关调解协议中的委托生产安排被认定为构成横向垄断协议¹。该案例提示了委托生产安排中可能存在反垄断风险。

一、案件概况

在本案中，涉案双方（A公司和B公司）均从事变压器分接开关的生产与销售。2008年，A公司取得了某带有屏蔽装置的无载开关的专利（“涉案专利权”）。2015年，A公司以B公司生产、销售的鼓形无载开关侵犯A公司的涉案专利权为由，提起诉讼（“专利侵权纠纷案”），最终双方就该专利侵权纠纷达成了调解协议，并约定了相应的委托生产安排（“涉案调解协议”）。

关于涉案调解协议的主要约定

涉案调解协议主要包含下述内容：

第一条：B公司承诺发挥自身优势，保证专攻笼形开关，不再生产制造其他型式的，如条形、鼓形、筒形、鼠笼形等的无励磁开关本体部分（“开关本体”）……

B公司将开关本体委托A公司生产，考虑市场以及生产成本因素，双方同意每两年就无励磁开关委托生产价格进行一次重新确认……

第五条：B公司将为A公司的关联企业做海外市场代理……A公司对B公司售价为B公司对用户实际售价，退税部分由B公司享有，且B公司不自行生产，也不代理其他企业同类产品。

第十条：双方同意就替代进口开关上及特种开关上加强合作，信息共享，避免双方之间的恶性价格竞争，共同应对国外公司。一般来说如果一方告知另一方价格信息，A公司知方成交价格不能低于主动告知方。

2019年，B公司向法院起诉，请求确定涉案调解协议构成垄断协议并因此无效。本案经过了两级审理，一审法院认为涉案调解协议的目的是为解决专利侵权纠纷，不构成垄断协议；而最高院最终认定双方的委托生产安排超出了解决专利侵权纠纷的范畴，构成横向垄断协议，因此无效。

¹ 中华人民共和国最高人民法院民事判决书（2021）最高法知民终1298号，访问于<https://ipc.court.gov.cn/zh-cn/news/view-1873.html>。

二、案件分析和合规启示

（一）涉案调解协议构成横向垄断协议

最高院认为，涉案调解协议构成横向垄断协议。原因在于：（1）双方之间具有反垄断法上的竞争关系；（2）涉案调解协议满足垄断协议的形式要求，构成分割市场、限制产量和销量以及固定商品价格。同时，最高院对横向垄断协议的举证责任以及效果也进行了分析。下面我们结合主要案件事实和最高院的认定，分析重点合规启示。

1. 潜在竞争关系也可能被认定为竞争对手

最高院指出，《反垄断法》第十三条第一款意义上的竞争关系是指在生产或者销售过程中处于同一阶段的两个或两个以上的经营者提供具有替代关系的产品或者服务，或者具有进入同一产品或服务市场的现实可能性。

在本案中，双方均生产、销售无载分接开关。同时，最高院指出，涉案调解协议中包含的委托生产特定类型开关本体的约定，并不能改变两者之间在同类产品上的竞争关系。最高院据此认定双方具有竞争关系。

提示：

竞争关系的认定不必然以双方在达成协议时是否均实际提供某一产品或服务为条件。一方具有提供该产品或者服务的现实可能性，也可能被认定为具有竞争关系。并不能仅因一方现时未提供产品或商业合同中的约定，而认为不存在竞争关系。

2. 涉案协议符合《反垄断法》第十三条第一款规定的形式要求

（1）涉案委托生产安排构成分割市场、限制商品生产和销售数量的横向垄断协议

根据涉案调解协议，B公司承诺将仅生产笼形开关，而不再生产或不再委托除A公司以外任何第三方生产（或向其购买）除笼形开关以外的所有鼓形、条形、筒形等开关本体及相关零部件。同时，对于海外市场，B公司仅代理A公司一家关联企业的同类产品，不自行生产或代理其他企业同类竞品。

最高院认为，通过涉案调解协议，双方实际上人为地分割了无载开关的销售市场：在国内市场中，无载开关被进一步划分为笼形开关和非笼形开关，B公司仅从事笼形开关的生产，而非笼形开关市场由A公司控制；在海外市场，B公司只能销售A公司关联企业的产品。该等安排排除、限制了B公司及其他生产同类产品的企业在无载开关市场的竞争。

同时，上述安排以停止生产、限制特定品种商品销售数量的方式限制B公司产品的生产数量、销售数量，由此可能导致相关商品的供应量减少，构成对商品的生产与销售数量的限制。

提示：

委托生产安排一般具有优势互补、优化资源配置、促进生产效率等积极作用。但是，如果竞争者之间通过委托生产安排，人为地将产品进行划分，约定双方仅从事特定产品的生产，并停止竞品的生产，即实质上约定某种不竞争安排，

则可能具有被认定为分割市场、限制产量销量的风险。

在行政执法领域，对于竞争者之间通过委托加工安排，实际分割市场的行为，也进行过处罚。

执法案例：

2021年7月16日，国家市场监督管理总局公布了江苏省市监局对某化工药业公司与某苏州科技公司等企业达成并实施垄断协议行为的行政处罚²。该案中，某化工药业公司与某苏州科技公司就工业级樟脑签订了委托加工合同。同时双方约定，对于符合中国药典标准的樟脑（简称CP樟脑，不属于工业级樟脑范围），该苏州科技公司将协助该化工药业公司开拓CP樟脑市场，扩大市场占有率。如果该化工药业公司的CP樟脑市场没有达到约定的市场占有率，其对于该苏州科技公司的工业级樟脑委托生产价格将有所提高。

此后，该苏州科技公司以库存不够为由，要求其客户采购该化工药业的CP樟脑，并保持双方报价一致，人为地将某苏州科技公司原有的CP樟脑客户向另一方转移。

江苏省市监局认为，该化工药业公司和该苏州科技公司实际上就CP樟脑市场达成了不竞争安排，构成分割销售市场的横向垄断协议。

(2) 涉案委托生产安排具有固定商品价格的较大可能性

根据涉案调解协议，就非笼形无载开关，B公司将委托A公司且仅委托A公司生产非笼形无载开关的本体部分。委托生产价格由双方事先约定或由B公司先落实开关本体价格后再报价。在海外市场，A公司对B公司的售价为B公司对用户的实际售价。此外，双方还约定，就替代进口开关及特种开关，如果一方告知另一方价格信息，A公司知方成交价格不能低于主动告知方。

对此，最高院认为，涉案委托生产安排具有固定商品价格的较大可能性，具体而言：

- 在国内市场，虽然B公司和A公司约定的是委托生产价格，但在仅存在唯一供货方的情况下，非笼形无载开关的成本、利润率相对确定，这将直接导致B公司对外销售商品的价格与B公司委托A公司生产产品的价格挂钩，具有固定销售价格的较大可能性。
- 在海外市场，在供货方唯一的情况下，B公司对外销售价格已经被A公司所限定。
- 在替代进口开关和特种开关的销售方面，双方的价格约定制约了双方的自主定价权，极易达成价格同盟。

提示：

对于竞争者之间达成的委托加工安排，由于通过委托加工，被委托方可以知道委托方在该产品上的生产成本，可能导致双方的市场协同行为。对此，竞争者之间需注意，不应各自供应市场的价格进行约定；同时，委托方与被委托方之间达成的委托加工价格应避免与市场供应价格直接挂钩。

² 市场监管总局发布3家企业达成并实施垄断协议案行政处罚决定书，访问于https://www.samr.gov.cn/fldj/tzgg/xzcf/202107/t20210716_332773.html。

3. 效果分析和举证责任

最高院首先指出，根据《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》，《反垄断法》第十三条第一款第一项至第五项规定的垄断协议，原则上可以推定具有排除、限制竞争的效果，B公司（即原告）无需就此承担举证责任，而由A公司（即被告）对该协议不具有排除、限制竞争的效果承担举证责任。

同时，最高院对垄断协议的实际效果也进行了分析：一旦达成《反垄断法》第十三条所禁止的横向垄断协议，一般就会产生排除、限制竞争的实际效果或潜在效果，且通常情况下，协议参与方的市场份额越高，其排除、限制竞争效果越显著。A公司和B公司均为无载开关市场的供应商，具有一定的市场影响力。横向垄断协议一经实施，明显会对市场产生抑制竞争效果。且从实际证据来看，涉案调解协议导致B公司的销售价格比之前自身的销售价格上涨，损害下游经营者和终端用户利益。

提示：

法院的分析表明，对于竞争对手之间达成的商业合作安排，如果存在构成横向垄断协议的要件，则法院的推定态度为该协议具有排除限制竞争效果，而协议方对推翻该假设认定需承担很高的举证责任。

（二）涉案调解协议与专利侵权纠纷之间的关系

本案涉案调解协议，实际上是在专利纠纷背景下双方达成的调解协议。对此，A公司主张，双方签订调解协议的原因是原审B公司侵害了A公司的涉案专利权，双方签订调解协议的目的是为了解决专利侵权纠纷。

对此，最高院认为，经营者之间达成的协议是否属于《反垄断法》所禁止的垄断协议，应以该协议是否具有排除、限制竞争的效果为核心标准。涉案调解协议的签订背景及双方签订涉案调解协议的主观动机仅仅是参考因素。

最高院进一步指出，涉案调解协议与涉案专利权纠纷的保护范围缺乏实质关联性，其核心并不是在于保护专利权，而是以行使专利权为掩护，实际上追求横向垄断协议效果。具体而言：

- 涉案专利权的技术效果主要在于降低开关制造成本，增强开关使用的稳定性、可靠性，属于对涉案变压器开关的改进，并非无法回避的基础性专利。涉案专利权的保护范围不涉及特定形状或类型的涉案变压器开关，而涉案调解协议却以变压器开关的型式划分产品。
- 在海外市场，涉案调解协议将产品分为A公司关联公司生产的开关和其他企业生产的开关，限制B公司生产开关的范围，但这种限制与涉案专利的保护范围并无实质性关联。
- 涉案调解协议对涉案变压器开关所在市场进行划分，并以此对协议所涉产品的销售价格、生产数量、销售数量、销售种类、销售地域等加以限制，排除、限制了经营者之间的竞争。

综上，最高院认为，由于涉案调解协议与涉案专利权的保护范围无实质关联，且涉案调解协议的内容超出专利侵权纠纷的争议内容，涉案调解协议所涉及产品是否包括专利侵权纠纷中涉嫌侵犯专利权的产品原则上不影响对涉案调

解协议是否构成垄断协议的判断。

提示：

实践中企业可能基于知识产权等各类合理的商业背景，而达成委托加工甚至联合生产等商业合作。正当的商业合作本身并不违法，但其不应超出必要的限度，而形成横向垄断协议。

三、竞争对手之间商业合作安排的反垄断合规提示

传统上，委托生产安排可能产生纵向协议甚至滥用市场支配地位的问题。比如，针对汽车行业，《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南》指出，需要区分委托方与被委托方之间的协议是代工协议，或与独立配件供应商之间达成的协议。如果汽车制造商仅提供了合同产品一般的描述性信息，而该配件制造商已拥有可自主使用的该等工具、知识产权或专有技术，则不属于真实的代工协议。在该种情形下，汽车制造商限制配件制造商向售后市场以自有品牌供应配件，汽车制造商实质上剥夺了配件制造商在协议相关领域拓展业务的可能性，排除、限制相关市场的竞争，可能导致高价，减少了消费者的选择。

根据本案，如果委托生产安排中的委托方和被委托方之间是竞争者关系，则还需要特别谨慎考虑委托生产安排是否可能构成横向垄断协议，例如：

- 竞争者之间不应通过委托加工，实质上达成不竞争安排或固定价格的协议。竞争者之间有关根据产品或地域分割市场，或者限制委托方自行生产、或委托第三方生产，需非常谨慎。
- 同时，竞争者应仅在为达成委托加工安排的必要限度内进行沟通，避免对对外销售价格、客户、营销计划、销售策略等竞争敏感信息进行沟通。

此外，除了单纯的委托加工，经营者之间可能进一步约定联合生产、联合销售或代理销售、联合研发方面的安排。根据市场结构，其在一定情况下也可能产生排除、限制竞争的效果，因此构成垄断协议。

- 以联合销售为例，如果在联合销售安排中统一销售价格，划分销售渠道、区域和客户，限制竞争对手在联合销售安排外的独立销售和经营，则可能会引起执法机关对其是否构成卡特尔的顾虑。³
- 同时，针对特定行业，也需要根据该行业的市场竞争结构，考虑对市场的影响。以医药行业为例，《国务院反垄断委员会关于原料药领域的反垄断指南》提示，原料药生产企业与具有竞争关系的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，一般将被认定为《反垄断法》第十三条所禁止的横向垄断协议。同时，最高院近期裁定指出，以不挑战专利有效性为目的药品反向支付安排（即 pay-for-delay）具有较高的合规风险，评价其是否构成横向垄断协议，需要审慎评估该协议是否涉嫌排除、限制相关市场的竞争⁴。

³ 对于联合生产、联合销售和联合研发的具体反垄断分析，请参见我们的系列文章《“小心草丛！”易忽视的反垄断风险行为 | 生产和售后篇》(<https://mp.weixin.qq.com/s/lFPeUN-65HUCZCKZPWihNw>)、《“小心草丛！”易忽视的反垄断风险行为 | 销售管理篇》(<https://mp.weixin.qq.com/s/Rtng9YISE0tmUWofh0rrug>)、《“小心草丛！”易忽视的反垄断风险行为 | 技术管理篇》(<https://mp.weixin.qq.com/s/3k7zDOEquiLTOESS8HSMg>)。

⁴ 中华人民共和国最高人民法院民事判决书（2021）最高法知民终 388 号，访问于 <https://ipc.court.gov.cn/zh-cn/news/view-1779.html>。

八问八答——从最高院判决看竞争者间调解协议的反垄断约束

宁宣凤 张若寒 张天杰 高锐

前言

“天下大势，分合交替”，昨天剑拔弩张的竞争者，今天就可能握手言和。然而“化敌为友”的过程，却不只是双方之间的事情，《反垄断法》随时可能介入。

不久前，最高人民法院（最高院）公布了（2021）最高法知民终1298号民事判决书，对某电力设备制造公司（“A公司”）与某变压器开关公司（“B公司”）垄断协议纠纷一案（“本案”）作出终审判决，推翻湖北省武汉市中级人民法院（“原审法院”）的部分认定，认定涉案调解协议因违反《反垄断法》而无效。围绕最高院所分析的重点问题，本文将就竞争者之间亦敌亦友的复杂关系及其所衍生的反垄断法律问题进行研究与探讨，以期为企业提供参考一二。

一、谁才是竞争者？

分析一项协议是否构成横向垄断协议，前提在于协议主体之间是否存在反垄断意义上的竞争关系。本案中，最高院以及原审法院认为，A公司和B公司均生产、销售x型开关，且实际经营中双方均向变压器生产厂商提供变压器开关产品，相关变压器生产厂家是A公司和B公司的共同客户，由此可认定双方之间存在反垄断意义上的竞争关系。看似简单的问题，门道并不少。

（一）主打产品或服务竞争才是竞争？

认定竞争关系，并不限于经营者的主营业务。本案中，原审法院在认定A公司与B公司的竞争关系时提到，A公司和B公司的“主打产品存在区分”。但前述事实情况均

未影响最高院和原审法院对A公司与B公司之间竞争关系的最终认定。实践中，无论存在竞争关系的业务在双方整体业务中各自占比多大，哪怕在一般商业宣传上双方并不是竞争者，均不影响竞争关系的认定。

（二）紧密竞争才是竞争？

是否属于紧密竞争者并不影响竞争关系的认定。紧密竞争者通常是指所提供的产品或服务具有紧密替代关系的竞争者，通常具有共同的客户。在招标投标场景下，如果大多数招标人会同时向两个经营者就同一项目邀标，则可认定二者具有紧密竞争关系。

本案中，最高院和原审法院并未明确A公司与B公司之间是否具有紧密竞争关系。实践中，是否属于紧密竞争者并不影响竞争关系的认定，但在一些情况下，会影响评估该行为对市场竞争的影响，这一点在经营者集中申报中更为常见。通常认为，紧密竞争者之间的集中更容易对相关市场产生负面影响，而另一方面，企业即便其与竞争者合并市场份额较高，也可通过分析是否具有紧密竞争关系而进行“抗辩”。

（三）现实竞争才是竞争？

潜在竞争者也是竞争者。本案中，最高院还提到“《反垄断法》第十三条第一款意义上的竞争关系是指在生产或者销售过程中处于同一阶段的两个或两个以上的经营者提供具有替代关系的产品或者服务，或者具有进入同一产品或者服务市场的现实可能性”。换言之，即便经营者出于特殊商业考量未从事某项竞争性业务，但因为其具备从事该项竞争性业务的能力和现实可能性，仍然可以被认定为

竞争者。在医药行业中，尚未生产相关药品的仿制药企业，与正在生产该药品的原研药企业间达成的不竞争协议（pay-for-delay）¹ 被认定构成横向垄断协议，就是典型示例。

二、认定卡特尔，能否绕过市场界定？

尽管在分析经营者之间的竞争关系进而认定横向垄断协议的过程中，相关市场界定并非必备要件，但相关市场界定仍然是明确经营者竞争范围、分析竞争损害、认定违法行为的关键手段。2021年正式出台的《关于平台经济领域的反垄断指南》中明确，调查平台经济领域垄断协议、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，并将此前征求意见稿中所规定的“固定价格、分割市场等横向垄断协议”“反垄断执法机构在违法性认定上可不明确界定相关市场”相关表述删除，亦体现相关市场界定在分析认定垄断协议中的重要作用。

进一步地，在确定经营者之间是否具有竞争关系时，常会引入替代性分析方法，以确定经营者之间所生产供应的产品或服务是否具有替代性，进而判断是否存在竞争关系。在本案中，最高院与原审法院均未进行替代性分析，我们理解是因为客观上二者生产同类产品且存在众多共同客户，事实足以说明存在竞争关系，没有进行替代性分析的必要。但有些时候，在认定经营者之间是否具有反垄断意义上的竞争关系时，与商业常识并不总是一致的——即便缺少共同客户，通过替代性分析，仍然可能被认定具有竞争关系。同时，在进行替代性分析的过程中也应避免过度扩大产品市场范围，产生“玻璃纸谬误”²。

三、仅影响海外市场，《反垄断法》管不了？

《反垄断法》第二条明确规定，中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为，适用本法；中华人民共和国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本法。本案中，最高院在分析涉案调解协议是否属于固定价格、限制生产销售数量、分割市场的横向垄断协议时，亦对海外市场部分进行了分析论证，明确A公司与B公司针对海外市场的相关约定符合《反垄断法》第十三条第

一款横向垄断协议的形式要求，这一点值得企业特别注意。即便针对海外市场的垄断行为，并不必然代表该行为不会对中国境内市场及中国境内企业产生负面影响，相关行为仍然可能落入《反垄断法》的规制范围内。

四、约定供货价格，就是固定商品价格？

本案中，A公司委托B公司生产除y型开关以外的x型开关，最高院认为在“生产方和供货方唯一的情况下，成本、利润率相对确定，直接导致A公司对外销售商品的价格与A公司委托B公司生产产品的价格挂钩，具有固定销售价格的较大可能性”。尽管B公司在诉讼中主张其与A公司约定的是委托生产价格，并非销售价格，但该主张未被最高院支持。

上述固定销售价格的推定在实践中鲜有先例，本案起先导之作用。竞争者之间被认定固定销售价格，通常会有沟通协商的证据支持，或有证据证明竞争者之间存在共同涨价的意愿，且在短时间内均进行价格调整，步调保持高度一致。委托加工生产是常见的商业模式，竞争者之间开展委托加工合作势必会涉及并确定委托生产价格，但确定委托生产价格在实践中并不意味着一定存在固定价格的后果，二者不构成直接因果关系，还需要分析其他诸多因素。本案中，在存在排他性委托生产约定的前提下（即A公司被要求排他性地委托B公司进行生产），A公司和B公司约定的委托生产价格被认定具有固定销售价格的较大可能。实践中，委托方和被委托方的销售价格可能受不同因素影响，除非有价格协同意愿或直接沟通，销售价格在不同因素影响下较难一致。企业在面临相关调查时，仍然可通过举证过往不同的实际销售价格或其他方式进行抗辩。

五、举证责任应如何分配？

由于反垄断的专业性较强、举证难度较高，因此划定合适的举证责任分配是强化反垄断民事诉讼的重要手段，尤其是关于垄断协议具有排除、限制竞争效果的证明责任。

首先应当明确，对《反垄断法》第十三条第二款作

¹ 即反向支付或有偿延迟，是指原研药企业和仿制药企业间达成协议，约定原研药企业支付仿制药企业一定数额的现金或其他补偿，以换取仿制药企业不生产与原研药相竞争的相关仿制药。

² 玻璃纸谬误，英文为 cellophane fallacy，来源于1956年美国诉杜邦公司案，其是指如果原商品生产者本身就是垄断者，则涨价后原商品生产者无利可图并不一定意味着这些替代品对原商品构成竞争压力，并不一定说明原商品的需求具有价格弹性，而是下游客户无法再继续选择原商品而已。因此，把这些所谓“替代品”包含在相关市场范围内并不恰当，这会夸大相关市场的范围，而低估原商品生产者的市场力量。

体系解释后的当然结论是排除、限制竞争是横向垄断协议和纵向垄断协议均适用的构成要件。只不过，立法上考虑到两种类型协议的不同特点，设定了差异化的举证责任安排。根据《最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定》（《垄断民事纠纷司法解释》）第七条的规定，“被诉垄断行为属于反垄断法第十三条第一款第（一）项至第（五）项规定的垄断协议的，被告应对该协议不具有排除、限制竞争的效果承担举证责任”，而对于纵向垄断协议和其他类型的横向垄断协议，则仍然适用民事诉讼举证责任的一般规则，即由原告就协议具有排除、限制竞争效果承担举证责任。

回归本案，事实上原审法院并未错误认定举证责任分配，而是认为涉案调解协议并不具有《反垄断法》第十三条第一款规定的属性，进而无法适用上述规则。最高院则在明确涉案调解协议符合特定横向垄断协议形式要求的基础上认为，鉴于B公司无法证明涉案调解协议不具有排除、限制竞争的效果，涉案调解协议属于《反垄断法》明文禁止的横向垄断协议。

此外，值得注意的是，最高院曾在“纵向垄断协议行政诉讼第一案”³中明确指出，对于固定向第三人转售商品的价格及限定向第三人转售商品的最低价格这两种协议，一般情况下本身就属于垄断协议，反垄断执法机构无需对纵向垄断协议是否具有排除、限制竞争效果承担举证责任，但这种认定可以由经营者通过提交证据进行抗辩予以推翻，证明其签订的协议不具有排除、限制竞争的效果，或者属于《反垄断法》第十五条规定的豁免情形。

与举证责任分配相关的另一个问题，是排除、限制竞争效果如何分析。本案中，最高院在二审中论述道，协议参与方的市场份额越高，其排除、限制竞争效果越显著。我们理解协议是否具有排除、限制竞争效果，通常而言应当重点围绕经营者的市场份额以及所处市场的市场结构进行分析，原则上可参考经营者集中申报中竞争分析的论证逻辑与分析框架。

六、合法交易动机能否豁免垄断协议？

协议签订的目的、背景可否影响垄断协议的认定，排除、限制竞争的目的是否作为垄断协议的构成要件，一向存在争议。此前一些涉及纵向垄断协议的案件中，相关法院呈现出不同的裁判态度：在“某医疗器材公司垄断纠纷案”中，法院认为经营者实施限制最低转售价格的动机是认定该协议构成垄断协议的因素之一，并强调该医疗器材公司实施限制最低转售价格在于回避价格竞争⁴；而在“某轮胎销售公司垄断纠纷案”中，一审法院指出，排除、限制竞争不应被理解为行为人具有排除限制竞争的目的，原因在于行为的真实目的往往难以通过外在表现而准确探知，以行为目的作为纵向协议合法性的判断标准过于简单和随意，二审法院亦对此表示赞同⁵。此外，有学者区分了垄断协议的目的论解释和效果论解释，前者将“排除、限制竞争”作为内构要素，指向本身违法原则，后者将“排除、限制竞争”作为外在结果，指向合理原则⁶。

上述论争在本案所涉横向垄断协议认定中亦有具体体现。原审法院认为，认定某一协议是否具有垄断协议的属性应当进行多角度审查和分析，其中就包括协议签订的背景。具体到本案，涉案调解协议签订的目的在于“了结双方之间业已存在并已诉讼到法院的专利侵权争议”，进而避免专利侵权争议再次发生，并非在于“通过涉案调解协议促使双方协议结盟进入竞争市场参与竞争”。但最高院最终认为，协议签订的背景以及当事人签订协议的主观动机仅应作为参考因素，即使当事人具有排除、限制市场竞争的主观动机，亦不足以确定或者否定协议对市场竞争的效果。

综合以上裁判意见，我们理解协议签订的背景和目的可以作为垄断协议认定的参考因素而非构成要件。具体而言，具备排除、限制竞争的背景和目的的协议更易被认定为垄断协议，但不具备排除、限制竞争背景和目的的协议并不当然被免于认定为垄断协议。另外，从反垄断执法角度而言，当事人的主观过错是行政处罚裁量权需要考量的因素，如果当事人有充分证据证明不存在主观故意或者重大过失，可以考虑从轻、减轻或免予行政处罚⁷。

³ (2018)最高法行申4675号行政裁定书。

⁴ (2012)沪高民三(知)终63号民事判决书。参见：<http://gongbao.court.gov.cn/Details/55d47a6027b07c2b5ffcf9b458d1a8.html>。

⁵ (2016)沪73民初866号民事判决书；(2018)沪民终475号民事判决书。参见：<http://www.hshfy.sh.cn/css/2021/04/22/20210422150901758.pdf>。

⁶ 刘继峰：《再论垄断协议的概念问题》，载《法学家》2020年第6期。

⁷ 国市监法〔2019〕244号《市场监管总局关于规范市场监督管理行政处罚裁量权的指导意见》。

七、违反强制性规定 = 无效合同？

判断强制性规定对于合同效力的影响，不仅是民商事审判中的困境，也是反垄断诉讼中的难题。《中华人民共和国民法典》第一百五十三条规定，“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外”。《垄断民事司法解释》第十五条基本沿用该表述⁸，然而如何区分《反垄断法》中的效力性强制性规定和管理性强制性规定，仍缺乏明确回答。《第九次全国法院民商事审判工作会议纪要》（《九民会议纪要》）指出，应围绕强制性规定所保护的法益类型、违法行为的法律后果以及交易安全保护等因素进行认定，并且列举了效力性强制性规定和管理性强制性规定的具体类型⁹。但《九民会议纪要》未触及《反垄断法》相关规定，因此仍有必要回归反垄断司法实践予以分析。

最高院曾在包括本案在内的多起涉及横向垄断协议的裁判中认为，有鉴于反垄断法的立法宗旨关涉国家整体经济运行效率和社会公共利益，因此关于禁止垄断行为的规定原则上应为效力性强制性规定¹⁰。该观点与此前一些地方法院在审理涉嫌划分销售市场、固定销售价格或销售数量进而构成《反垄断法》第十三条的横向垄断协议时的意见一致¹¹。而对于涉嫌滥用市场支配地位的协议效力问题，实务中存在分歧，例如，对于同属于《反垄断法》第十七条第一款第五项所禁止的协议，有法院认为涉嫌搭售的协议因违反强制性规定而无效¹²，也有法院认为涉嫌附加不合理交易条件的协议仅违反管理性强制性规定而最终被认定有效¹³。

根据上述司法实践，我们认同最高院“关于禁止垄断行为的规定原则上应为效力性强制性规定”的观点，但是同时应当区分《反垄断法》中的“核心限制（hardcore）条款”和补充性条款，例如固定或者变更商品价格、限制商品的生产数量或者销售数量、分割销售市场或者原材料采购市场的条款系“核心限制条款”，当然属于效力性强

制性规定。而对于落入垄断协议或滥用市场支配地位规定中“兜底条款”的垄断行为，是否因违反效力性强制性规定而无效，实践中尚无定论，存在抗辩的余地。

进一步结合2021年10月23日公布的《反垄断法（修正草案）》，其第十七条规定了对于不具有排除、限制竞争效果的转售价格维持协议不予禁止，第十九条规定了垄断协议的“安全港”规则。我们理解落入前述规定的协议不应构成纵向垄断协议，自然不应被认定为当然无效。

此外，违反效力性强制性规定的合同应当区分部分无效和全部无效，核心标准在于相关无效条款是否属于合同的核心条款或者构成合同的根本目的。本案中，最高院认为违反《反垄断法》第十三条关于禁止达成横向垄断协议规定的三个条款系涉案调解协议的核心条款，剥离上述三个条款后涉案调解协议缺乏独立存在的意义，因此应当认定全部无效。然而，如果相关违法条款并非核心条款，剥离违法条款后合同仍具有独立存在的意义，则应当认定合同部分有效。例如授权许可协议中，独家条款虽可能因违反强制性规定而无效，但协议中其他部分，如许可方式、许可内容、许可费用支付等，并不必然受到影响。

八、垄断行为实施者要求损害赔偿，该不该赔？

在本案中，A公司请求赔偿经济损失及维权合理开支，最高院仅支持合理开支的赔偿，并未支持损害赔偿的请求。最高院认为，根据《反垄断法》第五十条的规定：“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”。因此，可以主张因垄断行为而受到损害的主体并不包括该垄断行为的实施者。同时，请求损害赔偿救济者，其行为必须正当合法。而A公司作为涉案调解协议的一方，参与达成该横向垄断协议，其行为自身具有违法性。

与最高院同样的认定，在之前的诉讼案件中也有迹可循。例如在“砖瓦协会垄断纠纷案”¹⁴中，最高院认为：（1）《反垄断法》第五十五条的立法目的在于，为制止和打击

⁸ 《垄断民事司法解释》第15条规定，被诉合同内容、行业协会的章程等违反反垄断法或者其他法律、行政法规的强制性规定的，人民法院应当依法认定其无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。

⁹ 《九民会议纪要》第30条规定，下列强制性规定，应当认定为“效力性强制性规定”：强制性规定涉及金融安全、市场秩序、国家宏观政策等公序良俗的；交易标的禁止买卖的，如禁止人体器官、毒品、枪支等买卖；违反特许经营规定的，如场外配资合同；交易方式严重违法的，如违反招投标等竞争性缔约方式订立的合同；交易场所违法的，如在批准的交易场所之外进行期货交易。关于经营范围、交易时间、交易数量等行政管理性质的强制性规定，一般应当认定为“管理性强制性规定”。

¹⁰ 除本案外，最高法在（2021）最高法知民终1722号民事判决书中亦持此观点。

¹¹ （2010）通中商终0003号民事判决书；（2018）皖民终484号民事判决书。

¹² （2012）西民四初438号民事判决书。

¹³ （2019）桂03民终2097号民事判决书。

¹⁴ （2020）最高法知民终1382号民事判决书。

垄断行为提供民事司法渠道，对因垄断行为而受到损害的主体提供民事救济。如果原告并非反垄断法所规制的垄断行为的受害者，而是该垄断行为的实施者，其主张损害赔偿，实质上是要求瓜分垄断利益，并非《反垄断法》所意图救济的对象。（2）自身参与和实施违法行为的主体，即便因参与和实施该违法行为而受到损失，该损失亦因该主体自身行为的不正当性而不应获得救济。（3）给予垄断行为实施者以损害赔偿会产生鼓励和支持相关垄断行为的消极法律效果。

但是在纵向垄断协议案件中，下游被限制的主体虽然是垄断协议的一方，但考虑到其通过垄断协议通常并无法获利，属于被动参与的一方，仍然可以请求损害赔偿，前述“某医疗器械公司垄断纠纷案”即是例证。

结语

根据最高人民法院关于《全国人民代表大会常务委员会关于专利等知识产权案件诉讼程序若干问题的决定》实施情况的报告¹⁵，最高院知识产权法庭自设立以来，截至2022年2月27日已累计受理垄断案件90件，审结55件。此外，最高院知识产权法庭于2021年首次新收垄断行政纠纷2件¹⁶。由此来看，与反垄断执法力度空前加大相呼应，反垄断司法的规模也在不断攀升，司法领域反垄断态度进一步彰显。此外，垄断行政案件得到关注，涉外反垄断民事案件增多，反垄断与知识产权问题交织勾连，反垄断法在民事诉讼的发展态势丝毫不亚于其在行政执法层面的强大风潮。

对于企业而言，处理和应对与竞争者的合作、纠纷，需要关注反垄断的边界。在与竞争者的合作中，企业应当“保持距离”，以防范反垄断法律风险；在与竞争者的纠纷中，企业可以“勇敢亮剑”，积极运用反垄断相关法律法规。我们相信，随着反垄断新法的出台，相关执法和司法将会相互促进，为维护市场竞争环境，鼓励竞争创新提供有力支持。

感谢马骁对本文作出的贡献。

¹⁵ 参见：<https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-347911.html>。

¹⁶ 参见：<https://www.court.gov.cn/zixun-xiangqing-347361.html>。

反垄断与特许经营：固定加盟商销售价格被认定违法

刘成 李雨濛 杨静茹

2022年7月27日，北京市市场监督管理局（北京市监局）公布了其对某校外儿童英语培训企业的行政处罚决定。在该案件中，该校外儿童英语培训企业对其特许经营模式下的加盟商采取固定课程销售价格的限制。北京市监局认为这构成了《反垄断法》下所禁止的固定转售价格¹。

在特许经营模式下，固定加盟商的销售价格似乎是惯例，甚至经常认为加盟商需要执行统一的销售价格，以维护统一的品牌形象。本次北京市监局对案件的处罚，澄清了即使在特许经营模式下，固定加盟商价格同样具有反垄断风险。在本文中，我们将对本案行政处罚决定进行详细解读，并从反垄断角度对特许经营模式中可能存在的反垄断风险进行提示。

一、案件回顾

在本案中，涉案当事人（即许可人）拥有某美国英语教育品牌在中国的专有使用权和分许可权，主要从事校外儿童英语培训的特许经营活动。自2014年开始运营至今，已累计签约400多家加盟商。

2014年至2021年，当事人与其加盟商通过签署合作协议、发布规章制度、下发区域定价及优惠方案、统一客服答复等方式，制定并实施统一的课程价格，加盟商不得调整或违反当事人制定的价格和收费政策。

北京市监局于2021年2月对当事人立案调查，并于2022年7月作出处罚决定。在处罚决定中，北京市监局

认为许可人固定加盟商的课程销售价格构成固定转售价格的垄断协议，在此基础上论证了该行为具有排除、限制竞争的效果，并认为当事人提出的豁免理由不成立。最终，北京市监局对当事人处以其2020年度销售额3%的罚款。

二、案件解读

（一）行为分析：本案中许可人固定加盟商的课程销售价格，构成了固定转售价格的纵向垄断协议

北京市监局认为，本案中许可人固定加盟商的销售价格，达成并实施了固定转售价格的纵向垄断协议。在论证过程中，有两点特别值得关注：

1. 许可人与加盟商之间存在纵向上下游关系

在本案中，许可人向加盟商收取许可使用费、履约保证金、管理费等，授权加盟商转售其课程资源开展培训活动，许可人为加盟商提供管理咨询、教学材料、人员培训等支持服务。许可人的课程资源大部分通过加盟商销售至终端消费者，许可人与加盟商之间存在纵向上下游关系（即经营者为许可人，交易相对人为其加盟商）。

解读：

在特许经营模式下，根据《商业特许经营管理条例》，其基本的业务模式为许可人将注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源，以合同形式许可加盟商使用，加盟商按照许可人要求以统一的经营模式进行经营，并向许可

¹ 北京市市场监督管理局行政处罚决定书（京市监垄罚〔2022〕06002号），访问于https://www.samr.gov.cn/fldys/tzgg/xzcf/202207/t20220727_348944.html。

人支付特许经营费用²。

与北京市监局的认定类似，由于许可人和加盟商处于产业链的上游和下游，欧盟、美国等境外法域均在纵向协议的框架下分析特许经营模式。《欧盟纵向限制指南》³中甚至特设章节，对特许经营的反垄断合规性进行提示（具体分析请参见本文第三部分）。

2. 本案中加盟商的课程销售价格被视为“转售价格”

当事人授权加盟商转售其课程资源开展培训活动，其课程通过加盟商销售至终端消费者。因此，北京市监局认为，加盟商与许可方之间存在转售关系，加盟商的课程销售价格被视为转售价格。

解读：

值得注意的是，转售关系并不限于供应商与经销商之间对具体商品的销售。加盟商在特许经营模式下，向消费者提供的服务也可能被视为一种“转售”。

在境外的反垄断案例中也有类似认定。例如，在美国 Great Clips 案⁴中，原告 Great Clips 公司作为许可人，在美国多个地区从事 Great Clips 品牌折扣理发店的特许经营业务。原告向法院起诉，要求被告（某加盟商理发店）遵守其制定的价格政策。该案中，法院认为，原告向加盟商所要求的理发服务价格政策构成对交易相对人的纵向价格限制，即我们理解理发服务价格也被视为一种转售价格。

（二）效果分析：本案中的转售价格维持行为具有排除、限制竞争效果

北京市监局认定当事人固定加盟商的课程价格行为构成固定转售价格的垄断协议，对该等行为排除、限制竞争效果从以下角度进行论证：

- 固定转售价格行为排除、限制品牌内加盟商之间的竞争；

- 限制加盟商与其他品牌同业经营者竞争；
- 损害消费者利益。

解读：

(1) 在本案中，北京市监局对于本案涉及的转售价格维持行为具有反竞争效果进行了详细分析。对于特许经营模式下的固定转售价格，与一般的经销模式下固定转售价格的竞争损害分析采取相同的思路，即损害品牌内竞争、损害品牌间竞争、损害消费者利益。

(2) 《反垄断法（2022）》⁵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⁶。但是，从包括本案在内的以往的行政执法实践来看，执法机构倾向于认为转售价格维持具有排除、限制竞争的效果。《反垄断法（2022）》正式生效后，企业对于纵向垄断协议竞争效果将有更多的法律基础进行抗辩，但是成功证明其转售价格维持行为不具有排除、限制竞争效果预计仍然具有极大的难度。

（三）豁免抗辩：特许经营模式并不是转售价格维持行为的豁免理由

本案中当事人主张其作为英语教育行业商业特许经营者，其价格控制条款属于《反垄断法（2008）》第十五条第（七）项“法律和国务院规定的其他情形”豁免情形。北京市监局从如下角度考量，认为本案中特许经营模式并不是其转售价格维持行为的豁免理由：

- 不存在现行有效的法规及部门规章规定固定转售价格条款是特许经营统一商业模式中的必要组成部分；
- 当事人未能证明价格限制行为是为了维护其统一

² 参见《商业特许经营管理条例》第三条第一款。

³ Guidelines on Vertical Restraints (C(2022) 3006.)，参见第 4.6.3 节。

⁴ Great Clips, Inc. v. Lvine, 1993 WL 476623.

⁵ 根据《关于修改〈中华人民共和国反垄断法〉的决定》修改，2008年8月1日正式施行。

⁶ 参见《反垄断法（2022）》第十八条第二款。

经营模式以及品牌一致性的必要因素；

- 当事人未能证明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。

解读：

在特许经营模式下，由于维护统一经营模式的需要，许可人可能对加盟商施加各类限制。参考境外规则，如《欧盟纵向限制指南》认为，如果该等限制是实施特许网络所严格必要的，则可以主张豁免构成垄断协议⁷。

在 Pronuptia 案中，欧盟法院认为满足以下两个条件的特许经营协议可以施加特定限制行为：（1）许可人须能向加盟商传达其专门知识，并向其提供必要帮助以使其能运用该等专门知识，同时应避免该等专门知识和帮助直接或间接地使竞争者受益；（2）许可人须采取必要措施以维护其企业名称和商标所象征的销售网络的同一性和声誉⁸。

但是，即使满足前述条件，在 Pronuptia 案中，法院认为许可人如果限制加盟商的自由定价权（如施加固定加盟商转售价格的限制）将会限制竞争。该案中，欧盟法院认为可以被允许的特许经营协议限制条款仅包含诸如（1）加盟商对专门知识的保密义务，（2）在协议存续期间不得另行开设与许可人竞争的相同或类似的商店，（3）不得未经同意将专营店转让给第三方，（4）加盟商只能在指定场所内使用特许权，（5）专营店的内外装修应按许可人的统一要求实施等。

可见，对于特许经营模式下固定加盟商的销售价格，可能并不被认为是维护统一经营模式所必要的，因此并不能仅基于特许经营模式的特点而直接认为固定加盟商价格可被豁免纵向垄断协议责任。

对于特许经营模式下非价格限制中国反垄断法下的解读，请参见本文第三部分。

三、从反垄断角度看特许经营模式

在特许经营商业模式下，许可人将注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源许可给加盟商使用，加盟商按照合同约定在统一的经营模式下开展经营活动。在特许经营协议中下述条款较为常见：

- （1）许可人向加盟商授权注册商标、专利、专有技术以及其他知识产权的使用（“**知识产权授权条款**”）；
- （2）许可人对加盟商销售区域进行限制（“**区域限制条款**”）；
- （3）许可人为保护自身以及所有加盟商的权益及维护整个特许经营体系，要求加盟商自身不得从事竞争业务，仅可从事该品牌的独家经营（“**排他经营条款**”）；以及
- （4）许可人对加盟商的店铺装修、供应链配套体系进行限制，如要求从指定第三方进行购买（“**搭售条款**”）。

如上所述，《欧盟纵向限制指南》指出，由于维护统一经营模式的需要，许可人可能对加盟商施加其他纵向限制。在欧盟的规则下，如果许可人和加盟商（合计）的市场份额均低于 30%，则对于该许可人和加盟商之间达成的特许经营协议中的特定限制推定不具有排除、限制竞争效果。同时，对于特许经营模式下所包含的上述限制，一般被认定为是实施特许经营网络所必要的，在此情况下，推定上述特许经营条款不构成垄断协议。但是，如果有关主体的市场份额高于 30%，则需要通过个案分析的方式，评估特许经营协议有关限制条款对市场竞争的影响，并考虑是否可以个案豁免。

对于特许经营模式，我国此前尚没有特定法条或案例对其进行反垄断评价。但基于本案的决定，对于特许经营模式下各类限制的反垄断风险，可能需要根据特定的条款进行分析：

⁷ 参见第 166 段 “Franchising (with the exception of industrial franchise agreements) has some specific characteristics, such as the use of a uniform business name, uniform business methods (including the licensing of IPRs) and the payment of royalties in return for the benefits granted. In view of these characteristics, provisions that are strictly necessary for the functioning of franchising systems can be considered as falling outside the scope of Article 101(1) of the Treaty.”

⁸ *Pronuptia de Paris GmbH v. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis*. CASE 161/84.

-
- (1) 首先，如本案所揭示，如果特许经营协议中（或在特许经营管理中），许可人对于加盟商的销售价格进行固定，或限制加盟商的最低销售价格，很可能被认定为构成转售价格维持的纵向垄断协议。因此，许可人应避免采取固定或限制最低转售价格的价格政策，对强制实施统一的价格政策应非常谨慎。
- (2) 针对知识产权授权条款、区域限制条款、排他经营条款、搭售条款等特定非价格限制，在满足“安全港”规则的情况下，我们理解或可以主张推定不构成垄断协议：

《反垄断法（2022）》从立法层面设立了“安全港”制度⁹，即如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，并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的，则其相关纵向协议不予禁止。目前，《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》将安全港的市场份额标准设定为15%¹⁰（最终标准仍有待未来生效规定确定）。

因此，对于特许经营模式下的特定非价格限制，如知识产权授权条款，区域限制条款、排他经营条款、搭售条款等，如果许可人和加盟商满足安全港的市场份额标准和国务院反垄断执法机构规定的其他条件的，我们理解，可以主张推定不构成垄断协议。

- (3) 此外，值得注意的是，如果许可人具有市场支配地位，对加盟商的店铺装修、供应链配套体系进行限制可能构成搭售或限定交易行为。比如，2021年，意大利反垄断执法机构曾针对某快餐品牌，就其特许经营协议中有关库存、采购、促销等方面的限制是否构成滥用行为进行调查¹¹。对于相关限制，需要结合许可人市场份额情况、相关市场结构、加盟商对许可人的依赖程度（即锁定效应）等因素，评估对市场竞争的影响。尽管此类限制存在一定的商业合理性，但是，如果许可人相对于加盟商具有极强的市场力量，考虑到该等限制对市场竞争可能造成排除、限制竞争风险，相关许可人做出搭售限制仍应较为谨慎。

⁹ 参见《反垄断法（2022）》第十八条第三款。即如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，并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件的，则其相关纵向协议不予禁止。

¹⁰ 参见《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》第十五条。

¹¹ 参见 <https://m.zhitongcaijing.com/content/detail/530696.html>。

国内外执法动态评析：反垄断视角下的特许经营合同

宁宣凤 柴志峰 张若寒 吴炜旻 张贤

2022年7月27日，国家市场监督管理总局（市监总局）发布了对某教育培训机构（“涉案公司”）固定转售价格行为的行政处罚决定书（“教培案”）。根据处罚决定书，涉案公司采取商业特许经营方式，授权加盟商将课程资源销售至终端消费者，其固定了加盟商对终端消费者的课程价格，排除、限制了市场竞争，损害了消费者利益，因此被反垄断执法机构认定为反垄断法下第14条禁止的固定转售价格行为。教培案是市监总局今年公布的第三例转售价格维持案件，并且是我国反垄断执法机构明确针对商业特许经营领域经营者作出的处罚案件。

本文将结合教培案，评析国内外执法机构对商业特许经营下的固定转售价格和其他反垄断风险行为的执法实践，以期为企业提供更具体的参考。

一、初探“商业特许经营”

商业特许经营（特许经营），是指拥有注册商标、企业标志、专利、专有技术等经营资源的企业（即特许人，也称特许权人），以合同形式将其拥有的经营资源许可其他经营者（即被特许人，也称特许经营人）使用，被特许人按照合同约定在统一的经营模式下开展经营，并向特许人支付特许经营费用的经营活动¹。在实践中，除了知识产权许可外，特许人向被特许人提供的经营资源还可能包括经营指导、技术支持、业务培训等服务，以辅助、支持被特许人的业务运营。

以教培案为例，涉案公司主要从事校外儿童英语培训特许经营活动，通过向加盟商收取许可使用费、履约保证金、管理费等费用，授权加盟商销售其课程资源开展培训活动。其中，涉案公司会向加盟商提供管理咨询、教学材

料、人员培训等支持服务。

实践中，为了有效保护经营资源（包括知识产权等）所涉权益，维系品牌和经营体系的统一性和声誉，特许人可能会对特许人的经营活动做出特定的要求或者限制性规定，例如在特许经营合同中明确约定产品或服务销售区域、销售价格、质量和标准要求、促销与广告宣传方式等。特许人与被特许人之间以特许经营合同为基础，存在许可与被许可的关系，属于反垄断法下的经营者与交易相对人的关系。因此，特许人对被特许人的一些要求或限制性规定会面临反垄断法下的纵向垄断协议风险。

在本次教培案中，涉案公司通过签署合作协议、发布规章制度、下发区域定价及优惠方案、统一客服答复等方式，要求加盟商不得调整向学生收取的各类费用的价格，并通过一定的审批程序、处罚措施予以保障。涉案公司的行为最终被认定为达成并实施了固定转售价格的垄断协议。

鉴于特许经营的商业模式目前已广泛拓展至经济生活的各个行业领域，例如餐饮、住宿、零售、教育培训、美容健康、汽车、商务服务与便利店等，与民生息息相关，我们认为反垄断执法机构未来可能持续对特许经营领域的垄断行为给予密切关注，建议相关企业予以重视，并及时评估自身经营活动、相关商业安排的潜在风险。

二、特许经营模式下的价格管控与《反垄断法》下的转售价格维持

《反垄断法》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

¹ 参见《商业特许经营管理条例》第三条。

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。上述第（一）、（二）项指向经营者对交易相对人施加的转售价格维持行为，包括固定转售价格和限定最低转售价格。

从我国反垄断行政执法实践角度，在教培案之前，过往公开的转售价格维持案件中的“转售”行为往往体现为经销商/零售商将其采购自生产商/供应商的有形产品（例如整车、乳粉、药品、医疗器械等）进一步向第三方进行转售，换言之，同一产品的所有权（或相关风险）先后在生产商/供应商、经销商/零售商、第三方客户之间发生了转移。

从教培案看，我们认为《反垄断法》所规制的转售价格维持行为并不以所有权在不同主体间发生转移为必要条件，反垄断执法机构在一定程度上可能对“转售”作更宽泛意义上的解读。换言之，倘若经营者固定了交易相对人向第三方提供产品（或服务）的价格或者限定最低价格，即便该产品（或服务）并非严格意义上直接采购自该经营者，上述对交易相对人自主定价权的干预行为仍可能落入《反垄断法》下转售价格维持的规制范畴。

以教培案为例，涉案公司与加盟商主要存在许可与被许可的特许经营关系，涉案公司许可加盟商向终端消费者提供课程资源。根据处罚决定书，各加盟商向终端消费者提供英语培训的核心要素教师均由加盟商自行聘用，与涉案公司无雇佣或隶属关系。尽管涉案公司固定加盟商向终端消费者课程价格的行为在表面上似乎并不属于过往执法案件中的“转售”行为，但最终仍被认定构成《反垄断法》下的转售价格维持。

因此，即使不存在传统认知意义上的“转售”行为，企业仍应当警惕对交易相对人的纵向价格管控有可能构成《反垄断法》下的转售价格维持。我国此前公布的一些反垄断指南中已对此有所注意，例如根据《国务院反垄断委员会关于汽车业的反垄断指南》（《汽车指南》），汽车供应商对经销商和维修商设置售后服务工时费的建议价、指导价或最高价，如果在实质效果上等同于固定转售价或限定最低转售价时，根据个案具体情形上述行为有可能被

认定为固定转售价格或限定最低转售价格²。

三、新《反垄断法》带来的变化

我国《反垄断法》自2008年实施后的首次大修此前正式完成，新《反垄断法》已于2022年8月1日起正式施行。对于包括转售价格维持在内的纵向垄断协议，新《反垄断法》设置了“集体豁免”（安全港制度）与“个案豁免”。

（一）集体豁免（安全港制度）

本次修法最突出的特色之一是确立了针对纵向垄断协议的安全港制度。根据新《反垄断法》，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，并符合国务院反垄断执法机构规定的其他条件，其达成的纵向垄断协议不予禁止。与此呼应，市监局于今年6月下旬发布的《禁止垄断协议规定（征求意见稿）》（《垄断协议征求意见稿》）对上述规定进行了细化，明确了适用安全港的适用条件：（1）经营者与交易相对人在相关市场的市场份额低于15%，并且（2）无相反证据证明其排除、限制竞争。

据此，包括采用特许经营模式在内的经营者未来如果能够满足上述安全港制度的适用条件，达成的纵向垄断协议将不予禁止，这将赋予经营者更多灵活空间，减少其反垄断合规负担。但是，《垄断协议征求意见稿》尚未生效，相应规则在正式颁布时不排除可能存在一定变数，因此安全港制度的适用条件（包括具体的市场份额门槛）和在实践中的适用程度仍有待未来正式规定和执法实践予以明晰，建议企业后续密切关注立法和执法动态。

同时，尽管本次教培案中尚未明确界定相关市场，但是应注意在新《反垄断法》下，纵向垄断协议安全港制度的一个核心适用条件即为经营者与交易相对人的市场份额，而相关市场的界定方式将直接影响企业市场份额的高低；并且在适用个案豁免情形下（见下文详述），经营者证明其行为不存在排除、限制竞争后果时也必须界定相关市场。因此，如何合理界定相关市场（例如在特许经营模式下，特许人、被特许人所在相关市场）会尤为关键，建议企业审慎评估分析，以便更准确地评估市场份额，必要时

² 参见《汽车指南》第六条。

可咨询外部反垄断专业律师的意见。

（二）个案豁免

除安全港制度外，针对转售价格维持行为，新《反垄断法》新增一款规定，“经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止”，上述条文可理解为新法针对转售价格维持行为设置的“个案豁免”。这为经营者进一步提供了抗辩空间，经营者可以在个案中就其转售价格维持行为不具有排除、限制竞争效果进行举证抗辩。

当然，我国反垄断执法机构在执法实践中已经对转售价格维持行为的竞争效果予以了注意，包括教培案在内今年所公布的三例转售价格维持案件，处罚决定书中均对相关行为的排除、限制竞争效果予以不同程度的分析论证。以教培案为例，反垄断执法机构从品牌内加盟商间的竞争、加盟商与其他品牌同业竞争者的竞争、消费者利益等角度进行了一些分析。

除上文所述的新增“个案豁免”条款外，新《反垄断法》第二十条也保留了旧法针对垄断协议整体的豁免规定（对应旧法第十五条），经营者可以证明其协议符合法定情形从而被豁免，例如：为改进技术、研究开发新产品；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；为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力等。

值得关注的是，教培案中涉案公司也曾援引豁免条款的第（七）项，主张商业特许经营者的价格控制条款属于“法律和国务院规定的其他情形”，但最终未被反垄断执法机构认可。处罚决定书指出，“现行有效的涉及特许经营管理的法规及部门规章均未规定固定转售价格条款是特许经营统一商业模式中的必要组成部分”，“当事人未能证明固定转售价格条款是维护其统一经营模式以及品牌一致性的必要因素，也未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”。因此，提示相关企业注意，特许经营模式本身可能并不能直接成为转售价格维持行为的“免

罪令牌”，企业在实践中应审慎考虑相关豁免条款的适用空间和可能性。

四、其他国家或地区对特许经营下的纵向价格管控行为的立法、执法动态

对特许经营下的纵向价格管控行为，各个国家或地区的执法机构存在不同的态度。其中，欧盟及欧盟成员国持较为严苛的态度；美国法院对此类行为持相对宽容的态度；加拿大执法机构的态度则相对折中。

（一）欧盟

根据欧盟《纵向协议集体豁免条例》³，转售价格维持属于核心限制，不适用安全港制度。在认定何种行为构成“转售价格维持”时，欧盟和其成员国对“转售”的解释较为宽泛，因而更倾向于将特许经营下的纵向价格管控认定为“转售价格维持”。

根据欧盟最新的《纵向限制指南》⁴，“转售价格维持”是指通过直接或间接的方式限制买方（即交易相对人）自主定价的权利，包括要求买方必须以固定价格或者限定最低价格水平对外销售。

基于上述定义，欧盟并不以传统意义的“转售”作为“转售价格维持”的必要条件，而是更关注是否存在“价格维持”，即是否限制了交易相对人自主定价的权利。同样的，欧盟成员国的竞争执法机构在多起案件中对特许人限制被特许人的自主定价权做出了处罚决定。在Wienerwald GmbH案中⁵，特许人授权被特许人（即加盟餐馆）用特定名称经营餐厅，并提供经营所需的专业知识。特许人通过特许经营协议要求被特许人在销售餐饮服务时必须遵守其规定的菜单价格。德国竞争委员会认定此类行为构成“转售价格维持”。

（二）美国

美国司法判例显示，美国法院对“转售价格维持”持较为宽容的态度。

³ COMMISSION REGULATION (EU) 2022/720 of 10 May 2022 on the application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union to categories of vertical agreements and concerted practices

⁴ COMMISSION NOTICE: Guidelines on vertical restraints (2022).

⁵ Competition Policy and Vertical Restraints: Franchising Agreements (OECD report) 第 70 页。

历史上，美国联邦最高法院在 1911 年的 *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*⁶ 案中建立了转售价格维持属于本身违法的判例。Dr. Miles 案涉及一家药品生产商通过经销协议要求一家药品经销商只能以其指定价格对外销售。Dr. Miles 案建立的转售价格维持适用本身违法的分析思路自 20 世纪 60 年代芝加哥学派兴起之后便在美国饱受争议，而下级法院在判决中也倾向于对“转售”进行缩小解释，最终美国联邦最高法院在 2007 年 *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*⁷ 中推翻了 Dr. Miles 的分析，认定转售价格维持适用合理分析原则。

对“转售”进行缩小解释的一个典型的案例就是 1991 年 *Great clips v. Levine*⁸ 案。Great clips 案涉及理发店特许人 (Great clips) 强制要求各理发店 (被特许人) 提供的某种理发服务必须收费 12 美金 / 单次。明尼苏达联邦法院认为理发服务是理发店直接提供给客户的，理发店特许人未将理发服务卖给理发店再由理发店销售给顾客。基于此，法院认为理发店特许人和理发店之间不存在“转售价格维持”，只构成纵向价格管控，应当适用合理分析原则。

(三) 加拿大

《加拿大竞争法》第 76 条提出经营者通过直接或者间接方式提高交易相对人的“转售价格”或者使得交易相对人不降低“转售价格”属于违法行为。加拿大竞争委员会发布的《第 76 条 - 价格维持的执法指南》⁹ 提出“转售”不要求交易相对人对外销售的产品 / 服务与其从上游经营者获得的产品 / 服务相同，只要两者之间在重要的特征上具有较大的相似性 (substantially similar in the important characteristics) 即满足“转售”的要求。所以，概括来说，加拿大执法机构的态度介于美国和欧盟之间，既没有像美国法院一样要求严格意义上的“转售”，也没有采纳欧盟淡化转售、着重关注限制自主定价权的分析思路，而是对“转售”的适用范围划定了一定的边界。

上述对各司法辖区分析的总结如下表所示：

司法辖区	相关立法、执法态度
美国	<ul style="list-style-type: none"> • 缩小解释“转售” • 自 2007 年，转售价格维持适用合理分析原则
欧盟	<ul style="list-style-type: none"> • 扩大解释“转售” • 主要关注是否对交易相对人的自主定价权施加限制
加拿大	<ul style="list-style-type: none"> • “转售”不要求交易相对人对外销售的产品 / 服务与其从上游经营者获得的产品 / 服务相同，只要两者之间在重要的特征上具有较大的相似性

如上表所示，境外主要司法辖区对于“转售价格维持”的构成要件，以及特许经营下的纵向价格管控的执法态度不尽相同，不存在一刀切的合规应对策略，故企业应该关注各司法辖区的相关执法动态，及时采取不同的应对措施。

⁶ *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911).

⁷ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

⁸ *Great Clips V. Levine* 1991 WL 322975 (D, Minn.1991).

⁹ Enforcement guidelines: Price Maintenance (Section 76 of the Competition Act).

五、特许经营下纵向管控的其他反垄断风险

除了价格管控外，如第一部分所示，在实践中，特许人可能对被特许人的销售地域、客户范围，销售模式等提出一定的限制性要求，此类限制可能属于纵向非价格限制，当满足一定条件时，仍存在反垄断合规风险。在新《反垄断法》下，此类限制如果满足安全港的适用标准将不予禁止。

除了纵向垄断协议的合规风险外，特许人还可能面临轴辐协议的反垄断风险。新《反垄断法》第 19 条提出“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。”因为被特许人属于独立的竞争主体，特许人在管理多个被特许人时，应当避免为被特许人之间交换竞争性敏感信息、达成横向垄断协议提供实质性的帮助，以规避新《反垄断法》第 19 条的风险。

结语

特许经营的商业模式已经深入到教育、医疗等众多民生领域，教培案显示出反垄断执法机构未来可能持续对特许经营模式下的垄断行为给予密切关注。

作为特许人的企业需要密切关注是否对被特许人施加了限制性条件，包括转售价格维持等，切不可盲目将特许经营模式本身当作“免罪令牌”。在新《反垄断法》下，企业应当审慎评估所在相关市场和市场份额、关注市场竞争状况，以便分析所实施的限制性要求是否适用安全港规则。同时，企业在管理多个被特许人时，需要关注构成轴辐协议的风险，应当避免为被特许人之间交换竞争性敏感信息、达成横向垄断协议提供实质性的帮助。

最后，对特许经营下的纵向价格管控行为，各个国家或地区的执法机构存在不同执法实践，这对走出国门的中国企业提出了一定的竞争合规挑战。我们建议企业关注各司法辖区的相关执法动态，采取针对性的应对措施，在必要时咨询外部反垄断专业律师的意见，以有效防范企业境外反垄断法律风险。

“联姻”也要保持独立？——合营企业反垄断合规关注

宁宣凤 柴志峰 张若寒 阮思莹 马骁

引言

设立合营企业，有时就像企业“联姻”，双方开始友好往来，同时还要一起关照共同的“子女”。对于上市公司，如果“父母”与“子女”争利，还有同业竞争的问题。但在《反垄断法》下，这传统的“亲情关系”就不再简单。2022年9月14日，市场监管总局发布附条件批准某机场公司与某航空物流公司新设合营企业案的公告，认为此项经营者集中对于某机场货站服务市场、以该机场为出发地或目的地的国际/国内航空货运服务市场具有或可能具有排除、限制竞争效果，进而附加限制性条件，具体包括：合营方之间及其与合营企业之间保持业务独立、不得交换竞争性敏感信息；合营方继续履行已签署的该机场货站服务合同、不得拒绝客户的续签要求；合营方及合营企业按照FRAND原则提供在该机场的货站服务等。

作为一起附条件批准的经营者集中案例，该案中的附加限制性条件对于合营企业设立运营的反垄断合规事宜具有普适的借鉴意义和参考。本文从该案出发，探讨合营企业在设立以及运营过程中的一般性反垄断合规问题：一方面，应当谨慎评估经营者集中申报义务；另一方面，即使无需申报，在构成共同控制的前提下也可能存在反垄断合规风险。

一、合营企业设立运营中的反垄断风险

（一）未依法申报以及“抢跑”

无论是新设合营企业，还是在既存企业的基础上通过交易形成合营企业，触发经营者集中申报义务的标准是一致的，即“经营者集中/控制权标准”+“营业额标准”。

就经营者集中/控制权标准而言，《反垄断法》规定的经营者集中的情形包括：经营者合并；经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。其中，在新设合营企业的场景下，根据《关于经营者集中申报的指导意见》的相关规定，至少有两个经营者共同控制合营企业方可构成经营者集中。¹具体何谓反垄断意义上的“控制”，根据《关于经营者集中申报的指导意见》的相关规定²以及过往先例和经验，通常来说考虑的因素包括：合营方是否可决定或影响合营企业的经营计划、年度预算、董事委任以及高管委任；合营方与合营企业之间是否具有重大商业关系和合作协议等等。特别需要强调的是，即使合营一方持股比例较低，仍有可能被认定为共同控制，在2021年公布的未依法申报处罚案例中，即有一例新设合营企业案，合营一方持股96.77%，合营另一方持股3.23%，仍然被反垄断执法机构认定属于共同控制合营企业，属于《反垄断法》规定的经营者集中。因此，少数股权交易并非经营者集中申报的例外，合营方仍应按照

¹ 《关于经营者集中申报的指导意见》，第四条。

² 《关于经营者集中申报的指导意见》，第三条。

前述标准判断是否取得控制权³。

就营业额标准而言，根据《国务院关于经营者集中申报标准的规定》，达到下列标准应当事先申报：参与集中的所有经营者上一会计年度全球营业额超过 100 亿元人民币或中国境内营业额超过 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。在新设合营企业的背景下，参与集中的经营者即为拥有共同控制权的合营方，而不包括合营企业本身。另外，日前公布的《国务院关于经营者集中申报标准的规定（修订草案征求意见稿）》对于申报标准有所调整，但具体条款仍在讨论之中，企业应当密切关注最新立法动态。

需要强调的是，我国的经营者集中申报实行事先审批机制，因此交易方应当避免在获得批准前实施交割（实施集中），进而构成“抢跑”。参考目前《经营者集中审查规定（征求意见稿）》的相关规定，实施集中的行为包括但不限于完成股东或者权利变更登记、委派高级管理人员、实际参与经营决策和管理、与其他经营者交换敏感信息、实质性整合业务等。此外，参考目前公开的处罚案例，除前述事项外，在获得批准前支付对价、以新设实体的名义从事商业行为等亦可能被认定为构成“抢跑”。⁴

（二）共同控制下认定竞争关系

除上述设立合营企业时应遵守的反垄断申报要求外，在合营方共同控制合营企业的前提下，结合合营方以及合营企业各自从事的主营业务范围，如果合营方与合营企业可能被认定为构成具有竞争关系，合营方以及合营企业的运营和业务往来也需要确保反垄断合规。

我国反垄断执法机构曾于 2018 年公布的“深圳理货公司垄断协议案”对于如何认定具有持股关系企业间的竞争关系颇有参考意义。在该案中，执法机构认为，从股权结构来看，C 公司对于 A 公司持股 50%（另外两名股东分别持股 29% 和 21%），属于相对控股股东，对于 B 公司亦持股 50%（另外一名股东持股 50%），并不具有相对控股地位；从实际经营管理来看，A 公司和 B 公司独立开展生产经营。执法机构进一步结合双方均从事理货业务的事实以及国家政策的相关要求，认定双方属于具有竞争关系的经营者，因而其相互间的市场协调行为构成横向垄断协议。同时，《关于汽车业的反垄断指南》的条文变迁中也可一定程度上反映反垄断执法机构的背后考虑，在 2015 年出台的征求意见稿曾明确，“最终控制权相同的同一企业集团母公司与子公司之间、以及子公司之间的定价或协同行为”不构成纵向垄断协议下的销售行为，并进一步指出，企业在仅有两个股东且各股东持股均为 50% 的情形下，可以视为任一股东对该企业拥有控制权。但 2019 年颁布的最终版对相关表述予以删除。

此外，欧盟竞争法领域也存在类似的有关持股关系企业间竞争关系的讨论，即“单一经济体”（single economic entity）的概念。具体而言，即使母公司和子公司具有独立的法人地位，但基于某种法律或者事实的因素，二者应当构成竞争法上的“单一经济体”。根据欧盟长期的执法实践，该等因素最为常见的就是股权比例，但是从高管任职情况、实际业务运营等角度出发，如果母公司对于子公司足以施加决定性影响，也有可能认定构成“单一经济体”。一旦被认定为属于“单一经济体”，则不再认为二者具有竞争关系。

综合上述我国的执法案例和法条变迁，以及欧盟关于“单一经济体”的执法实践，回到合营企业的场景，除非合营方能够单独控制合营企业进而认定构成“单一经济体”，那么拥有单独控制权的合营方与合营企业的业务往来不具有反垄断风险，否则，即使存在股权关系（甚至超过 50%），只要构成共同控制，仍然可能认为合营方和合营企业属于竞争者，进而存在一般竞争者之间业务往来的反垄断合规问题。

³ 具体可以参见《经营者集中申报基本问题 ABC》专题文章，https://mp.weixin.qq.com/s/PlxTCGhv4_CQV7pp1s_EvA。

⁴ 有关经营者集中配套规定修改的具体内容，请参见《反垄断系列新规解析——申报标准调整，宽还是严》专题文章，https://mp.weixin.qq.com/s/LL-khtVC4jct-ev7G3w_mw。

（三）敏感信息交换

首先，在合营企业的设立过程中，合营方之间通常会进行一定程度的接触、沟通以及信息披露以评估交易的可行性、推进交易进程。其次，在合营企业设立后，合营方作为合营企业的股东将参与股东会议以进行重要事项决议，且可能有权委任合营企业的董事、高管以及重要业务人员等。如果合营方之间存在竞争关系，那么合营方之间将合营企业作为桥梁交换敏感信息是否存在反垄断法的风险？如果合营方与合营企业之间存在竞争关系，那么在合营企业运营中，合营方与合营企业之间的敏感信息交换风险又如何评估？

尽管敏感信息交换并非为《反垄断法》所明文规制的行为，但敏感信息交换可能会促成竞争者之间横向垄断协议的达成，因此仍需警惕其可能引发的反垄断风险。具体而言，根据《反垄断法》第十六条的规定，法律所禁止的垄断协议不仅包括排除、限制竞争的协议、决定，也包括“其他协同行为”。根据市场监管总局发布的《禁止垄断协议暂行规定》，具有竞争关系的经营者之间进行过意思联络或者信息交流，此后的市场行为具有一致性且不能作出合理解释时，可能构成《反垄断法》所禁止的“其他协同行为”。⁵

虽然《反垄断法》没有就敏感信息进行定义，但在多地出台的地方经营者反垄断合规指引中，已经多次提及竞争性敏感信息及其概念。在上海市市场监督管理局（上海市监局）发布的《上海市经营者反垄断合规指引》《上海市地方标准经营者竞争合规指南》中，上海市监局将敏感信息定义为“涉及经营者及其竞争对手的可能导致竞争者之间协调彼此生产经营行为的信息，但已公开披露或者通过公开渠道可获得的信息除外。”《北京市平台经济领域反垄断合规指引》（北京指引）对竞争性敏感信息的定义更为细致，该指引规定“竞争性敏感信息是指从公开渠道无法获得，可能降低决策独立性、便于竞争者之间协调彼此经营行为的商业信息”，强调了竞争性敏感信息对经营者决策独立性的影响。在本文伊始的案例中，合营双方向市场监管总局提交的附加限制性条件承诺方案中，竞争性敏感信息则包括“任何第三方竞争者在正常情况下无法获得的信息”。

针对竞争性敏感信息的具体种类，上海、河北、湖北、湖南、浙江、山东、江苏、山西等多地出台的地方经营者反垄断合规指引均进行了列举，竞争性敏感信息的范围包括但不限于价格（如实际价格、价目表、指示性价格、涨跌幅度、折扣）、成本、客户清单、产销数量、销售采购区域、新技术运用、区别交易条件、营业收入、业务计划等。在评估信息的敏感程度时，一般而言，现行的或者将来的信息敏感程度较历史性信息更高，例如北京指引明确指出，上述信息中“对当前及未来不具有影响的历史性信息敏感程度较低”。针对价格相关信息，国家发展和改革委员会 2017 年发布的《行业协会价格行为指南》中也指出，“相比发布历史的、行业综合性、公开收集到的价格信息，发布现行的或者将来的价格信息，发布某一经营者、某一产品的价格信息，发布经营者难以收集的价格信息，导致行业内经营者达成价格垄断协议的法律风险更大。”

此外，欧盟法下对于竞争性敏感信息的规定也具有一定程度的参考价值。欧盟委员会发布的《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）在规制竞争者之间的信息交换行为时，采用了“策略性信息”的概念，并具体列举了“策略性信息”的类型。根据横向指南，“策略性信息”包括与价格（例如实际价格、折扣、涨跌幅度、回扣）、客户清单、生产成本、数量、营业收入、销售额、产能、品质、营销策划、风险、投资、技术、研发计划及成果等相关的信息。⁶其中，与价格和数量有关的信息通常最具策略性，竞争者之间对未来价格信息和未来数量信息的交换被视为具有限制竞争的目的，从而被直接推定违反欧盟竞争法。⁷其他类型的信息交换则需要基于具体情况，包括经营者所在市场的特点、信息的个性化程度、时效性、信息交换的频率等评估其违法风险。⁸

⁵ 《禁止垄断协议暂行规定》，第六条。

⁶ 具体请见横向指南第 86 段。

⁷ 具体请见横向指南第 74、86 段。

⁸ 具体请见横向指南第 86-94 段。

在实践中，合营方作为合营企业的出资方及股东，在行使股东权利以决策合营企业重大事项时，不可避免地需要听取、审阅合营企业董事会、管理层就合营企业运营、生产、销售、商业计划等情况的汇报；此外，从财务报表角度出发，合营企业在某些情况下可能还将被合营方并表处理，则合营企业还需向合营方提供相关的财务数据信息。虽然上述信息的提供与交换从支持合营企业运营的角度出发具有一定的商业合理性，然而若是合营企业与合营方是同一市场上的竞争者，其之间交换颗粒度较细的价格、销量、产量、产能等敏感程度较高的信息，可能也会带来一定的竞争性敏感信息交换、更甚至是横向垄断协议相关的风险。另外，若是具有竞争关系的合营方之间借合营企业为桥梁，意图交换并接收合营对方的价格、销量等竞争性敏感信息，因其信息交换的范围相比前述情形可能会被认定为超过了合营企业运营的合理、必要维度，则可能面临更为实质的反垄断法风险。

（四）不竞争条款

为了支持合营企业在组建后的有效运营，在设立合营企业时，合营方通常在合营协议中附加一些不竞争安排，如约定在一定期限与地域范围内，合营方不得从事与合营企业具有竞争关系的业务，该类条款即“不竞争条款”。一般情况下，不竞争条款是商业逻辑的合理产物，能够保障合营业务的有效发展，提高合营企业的市场竞争力。然而，实践中不乏一些不竞争条款超出了合理、必要的尺度，或者本身即是竞争者为实现共谋的目的而设立。此类不竞争条款的设置并不能促进竞争、提高效率，反而具有反竞争效果，属于掩藏在正当交易下的反竞争行为，涉嫌违反《反垄断法》。

我国《反垄断法》及其他相关规定中均未对不竞争条款进行明确的规制，但在经营者集中申报实践中，反垄断执法机构要求申报方提交合营协议，并对合营各方拟投入的资金、资产和业务等资源，合营企业主营业务、运作方式、经营区域、与合营各方及其关联方的业务关系，合营各方及关联方之间的其他协议或安排进行说明。这些要求都一定程度上说明，执法机构在经营者集中审查过程中会关注到交易方的不竞争安排，甚至可能对交易协议中包含的不竞争条款进行评估和审查。同时，除申报审查的角度外，鉴于合营方与合营企业之间的竞争或潜在竞争关系，不竞争条款仍有可能被认定为《反垄断法》第 17 条所禁止的横向垄断协议。因此，如何评估合营企业设立过程中的不竞争安排，降低可能的反垄断风险显得尤为重要。在此背景下，欧盟与美国针对不竞争条款的规制规则一定程度上为该问题提供了指导与参考。

概括而言，欧盟对不竞争条款的规制主要分为经营者集中审查和垄断协议两条路径。针对基于经营者集中的不竞争条款，如果不竞争条款与交易直接相关且具有必要性，则该条款将在经营者集中审查中被确认是否合理；反之则将被纳入《欧盟运行条约》101 条垄断协议框架下进行审查。在经营者集中审查路径下，根据欧盟委员会发布的《与集中直接相关且为集中所必要的限制通知》（附属限制通知），经营者有义务对交易所涉及的不竞争条款等附属限制进行自评，评估的标准包括“直接相关”和“必要性”两方面：“直接相关”要求该等限制必须在经济上与主要交易内容具有直接相关性，且目的是为了平稳过渡至集中后的公司结构，仅仅是交易背景相同或签署时间相同并不能证明相关性；“必要性”是指如果没有该等限制集中便无法实施，或者只能在相当不确定的条件下、以相当高的成本、在相当长的时间内或以相当大的难度实施。⁹在“直接相关”和“必要性”的基础上，针对合营企业设立过程中可能的不竞争安排，欧盟委员会还就不竞争条款的期限、适用地域范围、适用产品范围和受约束的经营者进行了更细致的规定，以确保不竞争条款对交易方的约束和限制具有合理性（详见下表）。¹⁰如果不竞争条款不满足《附属限制通知》所规定的要求，那么该等条款将被纳入垄断协议框架下进行审查。此外，对于设立非全功能型合营企业所涉及的不竞争条款，因设立非全功能型合营企业的交易在欧盟无需进行经营者集中申报，此时的不竞争条款也将被纳入垄断协议的规制框架内。¹¹

⁹ 具体请见附属限制通知第 12 段、第 13 段。

¹⁰ 具体请见附属限制通知第 36-41 段。

¹¹ 非全功能型合营企业是相对于全功能型合营企业的概念。根据《欧盟管辖权通知》（Commission Consolidated Jurisdictional Notice under Council Regulation (EC) No 139/2004 on the control of concentrations between undertakings）第 91-109 段规定，全功能型合营企业指持续作为自主经济实体开展业务、具有自主经济实体的全部功能的合营企业。

限制	合理限度
期限	一般情况下为合营企业存续期间。
适用地域范围	不竞争条款所覆盖的地域范围应局限于合营企业设立前合营方的经营范围，如果需要进一步覆盖至合营方在交易时计划进入的区域，则需要考察是否已经进行了前期投资。
适用产品范围	不竞争条款仅限于构成合营企业经营活动的产品和服务，也包括处于高级开发阶段的产品或完全开发但尚未上市的产品，但对转让标的和合营企业并不经营的产品或服务，不应设置不竞争条款。
受约束的经营者	就合营企业而言，可在不竞争条款中限定合营方不与合营企业竞争，但对于各合营方之间的竞争限制需要格外谨慎。同时，非控股合营方与合营企业之间的不竞争安排通常不被认为与集中直接相关或必要。

美国对不竞争条款的规制与欧盟类似，分为在经营者集中和垄断协议框架下审查两条路径。针对基于经营者集中的不竞争条款，美国反垄断执法机构会判断该不竞争条款是否为经营者集中的附属性限制。如是，则该不竞争条款将与经营者集中一同审查，整体考察该交易对竞争的影响；如否，则将在垄断协议框架下对该不竞争条款进行审查。针对不竞争条款是否为经营者集中的附属性限制，美国司法部和联邦贸易委员会所发布的《竞争者间合作行为的反托拉斯指南》提出了“合理相关”与“合理必要”两个考量角度，与前述欧盟法下的“直接相关”和“必要性”要求基本一致。^{12 13}

如上所述，虽然目前我国反垄断立法与执法还未明确涉及对于合营企业不竞争条款的规制，然而考虑到不竞争条款在设立合营企业交易时的普遍性，以及中国境内反垄断执法呈现趋严的态势，交易方仍不可忽视不竞争条款可能带来相关反垄断风险。

二、企业合规建议

从一方面来说，合营企业的设立将为市场带来新的竞争者，也将进一步增加市场竞争的活跃度。而从另一方面来说，合营企业从设立到运营的过程中涉及了经营者集中申报、竞争性敏感信息交换、不竞争条款等不同的反垄断合规注意事项，尤其针对具有竞争关系的合营方、合营企业。因此，对于合营方以及设立后的合营企业而言，关键在于如何在反垄断合规的前提下加强合作。根据此前经验，我们为企业总结涉及合营企业交易的反垄断合规建议如下：

（一）分析经营者集中申报义务，避免提前交割抢跑

在设立合营企业的过程中，企业应当将经营者集中申报义务的评估作为交易流程的重要前置环节，按照营业额标准和控制权标准完整、全面、准确地进行分析，特别是在新《反垄断法》大幅提高处罚力度的背景下更应谨慎而为。同时，企业需要注意把握经营者集中审查的流程和时间，避免在获得批准之前提前实施集中，进而被认定“抢跑”。

¹² Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors, § 3.2 Agreements Challenged as Per Se Illegal.

¹³ 关于美国对不竞争条款的规制的具体内容，请参见《不竞争 = 反竞争？——不竞争条款的反垄断风险》专题文章，<https://mp.weixin.qq.com/s/589homHGDM8794fSIzi3Q>。

（二）确保合营方及合营企业独立运营，规范企业运作流程

在构成共同控制且合营方及合营企业存在业务重合的背景下，各方可能会被认定属于竞争者，因此，需要尽量确保合营方以及合营企业的独立运营。参照本文背景案件所列的附加限制性条件，相关要求包括：主要职能独立，包括但不限于管理、财务、人事、定价、研发、生产、采购、营销、销售等；人员独立，尤其是禁止董事会成员、高级管理人员以及核心人员的交叉任职；办公场所以及信息系统的隔离等。

（三）设立信息防火墙及清洁团队，防范敏感信息交换

在合营企业设立过程中，合营方之间应当对信息交换行为保持警惕，仔细甄别所交换信息的敏感程度，尽量避免和控制对于价格、生产成本、客户清单等竞争性敏感信息的交换。如果上述竞争性敏感信息的交换确实无法避免，建议合营方聘请外部律师就信息交换制定明确的计划，将披露与共享的信息范围限缩在合营企业设立和运营所必需的最小范围内。

在反垄断合规实践中，交易方通常会设立清洁团队以限制竞争性敏感信息接触人员和范围，并对需要向非清洁团队成员分享的含有竞争性敏感信息的文件进行脱敏化处理。同时，交易方内部也应设置防火墙，不得将竞争性敏感信息传导至与交易无关的业务部门或人员，避免交易方的决策独立性受到影响。

（四）评估不竞争条款的必要性及期限，降低法律合规风险

结合我国针对不竞争条款的具体实践以及欧美相关法律规定，在订立不竞争条款时，合营方应当谨慎评估不竞争条款与交易的相关性、必要性。合营方应当注意条款的各个要素设置是否具有合理性，包括竞争限制的有效期限、适用地域范围、适用产品范围、受约束的经营者范围等。当不竞争条款的范围超出了维护合营企业在组建后的有效运营之目的时，例如竞争限制覆盖的地域范围超出了合营企业的经营范围，该等不竞争条款可能成为合营方之间划分市场、客户的工具，具有较高的法律合规风险。因此，合营方在起草、谈判不竞争条款时应结合具体交易情况，对不竞争条款的内容进行谨慎评估，必要时引入外部律师进行协助。

感谢实习生黄易懿对本文作出的贡献。

作者



宁宣凤
susan.ning@cn.kwm.com



柴志峰
chaizhifeng@cn.kwm.com



刘成
liucheng@cn.kwm.com



张若寒
zhangruohan@cn.kwm.com



张明远
zhangmingyuan@cn.kwm.com



张倩
zhangqian@cn.kwm.com



刘琳琳
liulinlin@cn.kwm.com



李雨濛
liyumeng@cn.kwm.com



王叶
wangye1@cn.kwm.com



张天杰
zhangtianjie@cn.kwm.com



洪露申

honglushen@cn.kwm.com



吴炜旻

wuweimin@cn.kwm.com



阮思莹

ruansiyang@cn.kwm.com



贾梦琳

jiamenglin@cn.kwm.com



高锐

gaorui1@cn.kwm.com



宋雪影

songxueying@cn.kwm.com



张贤

zhangxian1@cn.kwm.com



张英伦

zhangyinglun@cn.kwm.com



陆文熙

luwenxi@cn.kwm.com



裴梦然

peimengran@cn.kwm.com



马骁

maxiao3@cn.kwm.com



赵飞燕

zhaofeiyan@cn.kwm.com



朱群飞

zhuqunfei@cn.kwm.com



许世巍

xushiwei@cn.kwm.com



杨静茹

yangjingru@cn.kwm.com



王梦真

wangmengzhen@cn.kwm.com



叶弘韬

yehongtao@cn.kwm.com



任宇颖

renyuying@cn.kwm.com



潘珍雪

panzhenxue@cn.kwm.com



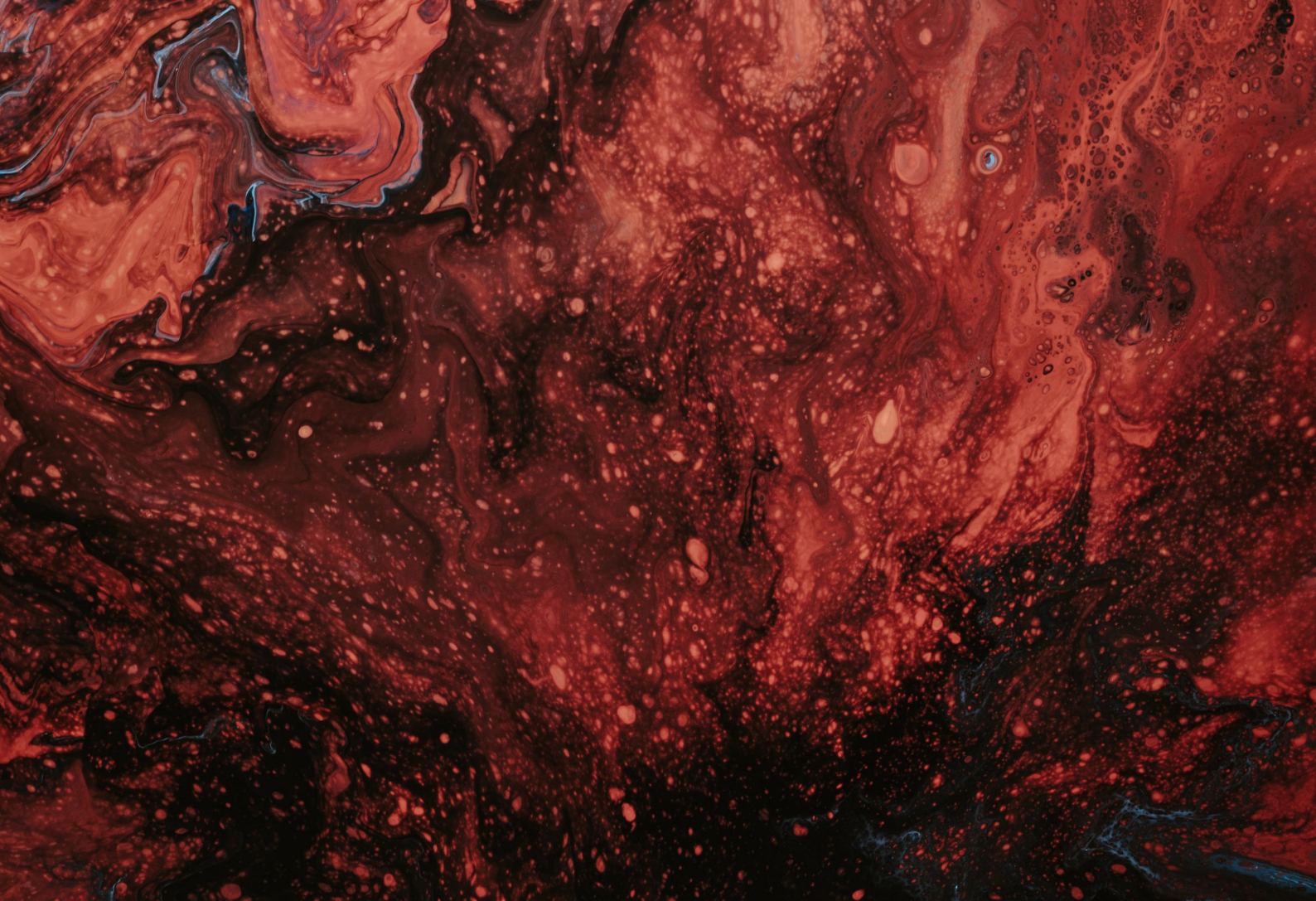
崔月柳

cuiyueliu@cn.kwm.com



谢怿康

xieyikang@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 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
