

海问观察：《反垄断法》修订草案公开征求意见

作者：陶杰 林熙翔 海问律师事务所

2020年1月2日，国家市场监督管理总局（以下简称“市场监管总局”）公布了《〈反垄断法〉修订草案（公开征求意见稿）》（以下简称“《征求意见稿》”），公开向社会征求意见。

作为背景，随着中国经济社会的快速发展，全球经济环境的变化，现行《反垄断法》自2008年8月1日实施以来，其中部分条款已经不能完全适用现在和将来的需求。国务院反垄断委员会自2017年起即已启动《反垄断法》的修订工作，本次《征求意见稿》是国务院反垄断委员会部署下市场监管总局前期工作成果¹的集中体现。本次《征求意见稿》的修订思路整体反应了市场监管总局官员此前就《反垄断法》的修订工作答记者问中提及的四项原则：一、从法治实践经验中提炼立法政策，吸纳中国反垄断执法的经验和竞争政策最新的研究成果；二、符合中国国情，适应中国经济发展阶段和水平，合理借鉴欧美发达国家成熟的做法和经验；三、充分考虑《反垄断法》不确定性的特点，在规范执法机构自由裁量权的同时，保持法律的灵活性；四、重点要解决在执法实践中遇到的最迫切问题。²

本文以《征求意见稿》的整体修订原则为背景，从实务角度，就《征求意见稿》中的部分“亮点”作简要提示和解读。作为一项整体提示，《征求意见稿》显著加重了违反《反垄断法》的法律责任，提升了《反垄断法》的威慑力，就经营者集中、垄断协议和滥用市场支配地位等领域也基于执法实践和域外经验提供了相应的制度供给。

一、 经营者集中申报领域

1. 显著提高违法实施集中的罚款金额至“上一年度销售额百分之十”

就违法实施集中的法律后果，现行《反垄断法》第四十八条规定，“经营者违反本法规定实施集中的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，可以处五十万元以下的罚款。”

《征求意见稿》在细化违法实施集中的情形的同时，显著提高罚款金额。根据《征求意见稿》第五十五条规定，“经营者集中具有以下情形之一的，由反垄断执法机构处上一年度销售额百分之十以下的罚款：（一）应当申报而未申报即实施集中的；（二）申报后未经批准实施集中的；（三）违反附加限制性条件决定的；（四）违反禁止经营者集中的决定实施集中的。除前款规定外，反垄断执法机构可以根据具体情形责令停止实施集中，附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件，责令继续履行附加的限制性条件中的义务或变更附加的限制性条件，责令限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要救济措施恢复到集中前的状态。”

自2008年《反垄断法》实施以来，反垄断执法机构合计公布了50多宗“未依法申报违法实施经营者集中”的行政处罚案件。前述案件中，反垄断执法机构至今尚未就任何

一宗未依法申报的集中采取“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”（以下简称“撤销交易”）的行政处罚措施（原因可能是根据反垄断执法机构的调查和评估，相关经营者集中不存在竞争顾虑），而是均处五十万元以下的罚款（根据违法实施集中之后是否主动书面报告、调查过程中是否承认违法并能够配合调查等因素量罚，罚款金额在十五万元至四十万元不等）。

从执法实践来看，如相关经营者集中经评估不存在竞争顾虑，从符合“比例原则”的执法角度，反垄断执法机构可以选择的行政处罚措施只有罚款，而50万元的罚款上限明显太轻，经营者的违法成本太低。从国际主流司法管辖区域的经营者集中申报和审查的制度来看，对于未依法申报集中的行为，在“撤销交易”的措施之外，均规定了金额较高的罚款，例如：就欧盟的制度而言，交易相关方将面临不超过上一年度营业额的10%的罚款和其他行政处罚措施³；就美国的制度而言，交易相关方将面临每日最高可达42,530美元的民事罚款及其他行政处罚措施⁴。

《征求意见稿》的这一修订，拟将未依法申报实施集中的罚款金额上限提高至“上一年度销售额百分之十”，与垄断协议和滥用市场支配地位的罚款金额上限一致，从法律层面赋予反垄断执法机构更有力的处罚权限；如得以采纳和实施，预期将极大加强反垄断执法的威慑程度，引导中国和全球并购和投融资市场的参与者更为审慎地评估相关交易所涉及的中国经营者集中申报义务，合理设计控制权结构，规划交易时间表以及积极提交经营者集中申报。

有待进一步澄清的问题是，“上一年度销售额百分之十以下的罚款”中“销售额”的统计口径为何？例如，是以经营者上一年度的全部销售额为准，还是以涉及经营者集中申报的相关市场的产品/服务的销售额为准；是以经营者的上一年度的全球销售额为准，还是以涉及经营者集中申报的相关地域市场中产生的销售额为准；是否需要参照根据现行经营者集中申报的适用规则，在计算销售额时追溯至经营者最终控制人层面合并口径的销售额。前述问题尚待《反垄断法》的正式修订稿或反垄断执法机构在执法实践中明确。

2. 明确“控制权”定义；赋予执法机构灵活制定申报标准和主动调查的权限

根据现行的《反垄断法》以及相关法律法规，一项交易如果同时满足以下两个条件，则需要在中国进行经营者集中申报：一是构成《反垄断法》意义下的“经营者集中”，二是参与集中经营者的营业额达到申报标准。

- (1) 就“经营者集中”而言，主要包括经营者合并、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、新设合营企业等形式。判断是否构成“经营者集中”的核心是判断是否取得“控制权”。

就何为取得“控制权”，《反垄断法》实施以来，反垄断执法机构在经营者集中审查的执法实践中已形成相对成熟的理解和执法尺度⁵。《征求意见稿》第二十三条第二款以概括的方式为“控制权”提供定义，即“前款所称控制权，是指经营者直接或者间接，单独或者共同对其他经营者的生产经营活动或者其他重大决策具有或者可能具

有决定性影响的权利或者实际状态”。

- (2) 就申报标准而言，并非所有经营者集中均需要提交申报，只有达到国务院规定的申报标准才需要提交申报。2008年8月3日公布和实施的《国务院关于经营者集中申报标准的规定》（以下简称“《国务院申报标准规定》”）以参与集中的经营者的营业额为标准，规定了申报门槛⁶并沿用至今。

《征求意见稿》将制定和修改经营者集中申报标准的权限明确赋予反垄断执法机构，同时，就未达到申报标准的经营者集中，亦从法律层面赋予反垄断执法机构主动调查和处理的权限。根据《征求意见稿》第二十四条规定，“国务院反垄断执法机构可以根据经济发展水平、行业规模等制定和修改申报标准，并及时向社会公布。经营者集中达到申报标准，经营者未依法申报实施集中的，或者经营者集中未达到申报标准，但具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构应当依法进行调查。”

结合新经济形势的发展以及近年来一些颇具争议的交易，《国务院申报标准规定》项下采用的营业额标准，可能无法完全适应新技术、新产业、新业态、新模式下的经营者情况以及并购投资交易，以有效地评估前述领域下相关经营者的市场力量，进而无法将一些交易方的营业额不显著但可能具有竞争顾虑的交易纳入经营者集中审查的范畴，例如，就互联网行业的初创企业而言，由于商业模式的缘故其往往不具有显著的营业额，但却可能具有极强的网络效应或拥有大量数据资源，如仅采用营业额标准，就该等初创企业的合并或收购，很可能无法进入执法视野。

与中国和欧盟现行立法中仅采用营业额指标为申报标准不同，其他一些执法活跃的主流司法管辖区域采用多项指标，例如：就美国的制度而言，以相关交易的交易价格加上经营者的资产总额或销售额为指标设置申报标准，且根据年度国内生产总值逐年调整。

《征求意见稿》的这一修订，拟从法律层面赋予反垄断执法机构根据经济发展水平、行业规模制定和修订申报标准，以及就未达到申报标准的经营者集中进行主动调查和处理的自由裁量权，保留了法律适用的灵活性。如得以采纳和实施，预期市场监管总局可能会引入新的申报标准（例如交易价格），就特定行业制定适用的申报标准或者就申报标准定期进行调整；预期就一些社会关注和备受争议的交易，未来反垄断执法机构亦可能更加活跃地主动进行调查。

二、 垄断协议领域

1. 明确禁止组织、帮助其他经营者达成垄断协议

就垄断协议执法实践中面临的“轴辐合谋”的案件，即具有竞争关系的企业通过与一个居间方的沟通或联络（纵向协议）而最终达成横向垄断的目的的案件，现行《反垄断法》第十三条规制横向垄断协议、第十四条规制纵向垄断协议的框架难以提供直接应对；过往反垄断执法机构查处“轴辐合谋”的案件时，通常需要基于第十四条查处施加纵向限制

的经营者，而基于《反垄断法》第十三条查处在居间方的组织下达成横向垄断协议的经营者。

《征求意见稿》从立法角度为解决“轴辐合谋”或者其他组织、帮助经营者达成垄断协议的情形提供制度供给，其第十七条新增规定，“禁止经营者组织、帮助其他经营者达成垄断协议”，第五十三条亦新增规定，“组织、帮助经营者达成垄断协议的，适用垄断协议参与者的法律责任。”

2. 明确“核心卡特尔”不适用中止调查制度

为提高案件调查和办理效率，节省行政资源和减少企业应对成本，灵活处理一些具有争议性的涉嫌垄断行为的案件，现行《反垄断法》第四十五条规定了“中止调查制度”，“对反垄断执法机构调查的涉嫌垄断行为，被调查的经营者承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的，反垄断执法机构可以决定中止调查。中止调查的决定应当载明被调查的经营者承诺的具体内容。反垄断执法机构决定中止调查的，应当对经营者履行承诺的情况进行监督。经营者履行承诺的，反垄断执法机构可以决定终止调查。”

结合近年来垄断协议领域的执法实践，以及反垄断执法活跃的其他司法管辖区域的成熟经验，《征求意见稿》第五十条中，拟从法律层面将一些明显具有排除或限制竞争效果的“核心卡特尔”明确排除在“中止调查”的适用情形之外，规定“对涉嫌违反本法第十五条第（一）（二）（三）项规定的垄断协议，反垄断执法机构不得中止调查。”前述“本法第十五条第（一）（二）（三）项规定的垄断协议”系指“具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：（一）固定或者变更商品价格；（二）限制商品的生产数量或者销售数量；（三）分割销售市场或者采购市场。”

3. 就特定情形新增罚则或加大处罚力度

《征求意见稿》第五十三条，在现行规则基础上，进一步就特定情形施加或加重处罚：

（1）新增“对于上一年度没有销售额的经营者，可以处五千万以下的罚款”的规定；（2）新增对于“组织、帮助经营者达成垄断协议的”的情形适用与达成并实施垄断协议的经营者相同的罚则；（3）就“尚未实施所达成的垄断协议”的情形，罚款金额上限从五十万元提高至五千万。

三、 滥用市场支配地位领域：新增互联网经营者市场支配地位的考虑因素

近年来互联网领域的反垄断问题逐渐成为实务界讨论的热点，一些重大的行政执法和民事诉讼案件相继出现。尽管互联网领域的许多竞争问题仍可以纳入滥用市场支配地位的框架进行分析和规制，但是由于互联网领域的特点，例如多边市场、网络效应、消费者多归属、市场动态等特征等，使得传统的认定滥用市场支配地位的因素显得供给不足。

为此，市场监管总局于2019年7月发布的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》分析和总结了互联网等新业态的特点，明确认定该领域经营者具有市场支配地位，可

以考虑的具体因素包括行业竞争特点、经营模式、用户数量、网络效应、锁定效应、技术特性、市场创新、掌握和处理相关数据的能力以及经营者在关联市场的市场力量。本次《征求意见稿》第二十一条第一款新增的考虑因素的范围与之基本相同，旨在从法律层面就该等考虑因素进行明确。

四、 其他方面

1. 引入刑事责任

现行《反垄断法》第四十条规定，“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。”《征求意见稿》在此基础上，进一步规定“如构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

这一修订意味着实施垄断行为的企业（包括企业的高级管理人员）和个人未来可能承担相应的刑事责任。但是，就《反垄断法》的垄断行为与《刑法》的相关罪名和刑事责任如何衔接，尚待进一步澄清和观察。值得一提的是，就垄断行为引入刑事责任是各国竞争立法的趋势，这一方式有利于提升《反垄断法》的威慑力，引起社会关注，为反垄断执法亦起到良好的倡导和宣传作用。特别地，如实施垄断行为的企业的高级管理人员亦可以被追究刑事责任，有利于高级管理人员与企业的利益协调一致，促使其投入更多资源建设和维护企业的反垄断合规体系。

2. 就拒绝、阻碍调查行为，大幅提高经营者和个人的处罚金额

现行《反垄断法》第五十九条规定，“对反垄断执法机构依法实施的审查和调查，拒绝提供有关材料、信息，或者提供虚假材料、信息，或者隐匿、销毁、转移证据，或者有其他拒绝、阻碍调查行为的，由反垄断执法机构责令改正，对个人可以处二万元以下的罚款，对单位可以处二十万元以下的罚款；情节严重的，对个人处二万元以上十万元以下的罚款，对单位处二十万元以上一百万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。”《征求意见稿》在此基础上，大幅提高经营者和个人的罚款金额，调整为“对其他单位处上一年度销售额百分之一以下的罚款，上一年度没有销售额或者销售额难以计算的，处五百万以下的罚款；对个人可以处二十万元以上一百万元以下罚款”。

五、 结语

中国《反垄断法》正走向下一个十年，作为执法经验的总结和现实迫切问题的回应，《征求意见稿》的公布令人欣喜。根据《十三届全国人大常委会立法规划》，《反垄断法》修订草案为第二类项目（需要抓紧工作、条件成熟时提请审议的法律草案），而非第一类项目（条件比较成熟、任期内拟提请审议的法律草案）。因此，就《反垄断法》修订草案何时通过，尚无明确的时间表。我们将持续关注《反垄断法》的修订工作，适时更新我们的观察。

陶杰 合伙人

taojie@haiwen-law.com

林熙翔 高级律师

linxixiang@haiwen-law.com

¹ 市场监管总局于2019年7月发布的《禁止垄断协议暂行规定》、《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》和《制止滥用行政权力排除、限制竞争行为暂行规定》作为前期工作成果，部分规定（例如“核心卡特尔”不适用“中止调查制度”、认定互联网领域经营者具有市场支配地位的考虑因素等规定）亦反映于本次《征求意见稿》中。

² 2018年11月16日，国家市场监督管理总局副局长、国务院反垄断委员会秘书长甘霖就《反垄断法》的修订工作回答记者提问。具体请见

<http://www.scio.gov.cn/xwfbh/xwfbh/wqfbh/37601/39282/zy39286/Document/1641634/1641634.htm>

³ Council Regulation (EC) No 139/2004 of 20 January 2004 on the control of concentrations between undertakings (the EC Merger Regulation), 具体请见：

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=EN>

⁴ Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act of 1976, 具体请见：

<http://uscode.house.gov/view.xhtml?req=granuleid%3AUSC-prelim-title15-section18a&edition=prelim>

2019年2月14日生效的最新罚款额度，具体请见：

<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2019/03/ftc-publishes-inflation-adjusted-civil-penalty-amounts>

⁵ 具体请见国家市场监督管理总局于2019年9月20日发布和实施的《关于经营者集中申报的指导意见》(2018修订)第三条和第四条。

⁶ 根据《国务院关于经营者集中申报标准的规定》(以下简称“《国务院申报标准规定》”)第三条，达到以下申报标准之一的经营者集中必须进行事前申报：(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；(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(前述第(1)、(2)项合称“营业额标准”)。根据《国务院申报标准》第四条，经营者集中未达到申报标准，但按照规定程序收集的事实和证据表明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院商务主管部门应当依法进行调查。