

海问观察：反垄断法修正草案征求意见

2021年10月23日，经第十三届全国人大常委会第三十一次会议审议，《反垄断法（修正草案）》（“《修正草案》”）向社会公开征求意见¹。相比于国家市场监督管理总局2020年1月2日公布《〈反垄断法〉修订草案（公开征求意见稿）》（“《征求意见稿》”），就此相关解读请参见《海问观察：〈反垄断法〉修订草案公开征求意见》，《修正草案》作出进一步的调整和更新。

就《修正草案》反映的执法趋势，结合实务中的观察，重点提示如下：

- **确立垄断协议的“安全港”制度，调整转售价格维持安排的违法性认定规则：**《反垄断法》就垄断协议的违法性认定确立“原则禁止，例外豁免”的原则，但是长期以来，行政执法实践中尚未出现成功主张适用《反垄断法》第15条豁免事由的公开先例。此外，行政执法和司法裁判中就纵向垄断协议的违法性认定亦存在分野。前述情形在实务中给经营者（特别是就中小企业和采用分销模式的经营者）带来不少困惑。《修正草案》授权反垄断执法机构基于市场份额指标制订“安全港”规则，在安全港范围内可推定不构成垄断协议；此外，就转售价格维持安排这一通常认为的核心限制而言，《修正草案》调整违法性的认定思路，即经营者如能举证其不具有排除、限制竞争效果的，不构成垄断协议。如前述条款最终通过，将为竞争者之间的协同合作、上下游经营者之间的分销实践等安排在竞争法的框架内提供更多合理空间。**我们建议**，企业可以密切关注《修正草案》关于垄断协议的规定以及反垄断执法机构后续制订的配套措施，注重日常经营过程中收集企业所处行业的市场竞争信息，审慎地界定其适用的相关市场和测算市场份额（包括采取必要的压力测试），评估其相关行为的竞争影响，以确立相关业务行为的合规边界。
- **强化就互联网平台和新型滥用行为的反垄断监管执法：**2020年11月至今，就平台经济领域，执法机构通过颁布相关合规指引、强化执法力度和行政座谈会议等方式，引导平台企业合规经营，颇具成效。预期互联网平台和新型滥用市场支配地位的行为（特别是在支付、互联互通和“大数据杀熟”等领域）仍将是未来一段时期的竞争执法重点。《修正草案》在总则中原则性地明确，“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”，于滥用市场支配地位一章，增设一款明确，“具有市场支配地位的经营者利用数据和算法、技术以及平台规则等设置障碍，对其他经营者进行不合理限制的，构成滥用市场支配地位的行为”，在法律层面重申强化互联网平台和新型滥用行为的监管立场。尽管数据、算法或技术等新型的滥用行为因其新颖、复杂以及执法实践中可能面临的争议，目前中国尚未有成型的执法先例（境外主流司法辖区就此已有不少执法先例以及成熟的讨论和回顾），但是“未来已来”，**我们建议**，平台经济领域的经营者可以在理解反垄断法和竞争法规制逻辑的基础上，重新审视其采用数据和算法、技术实施的相关业务经营行为是否可能构成相关滥用行为，例如采用“算法合谋”达成垄断协议、采用大数据方式实施差别待遇、或者采用技术手段屏蔽竞争对手或拒绝开放API接口以拒绝交易，在其具有显著市场份额的情形下应当谨慎评估相关行为的合规性。

¹ 全国人大常委会关于《反垄断法（修正草案）》征求意见的公告，具体请见：<http://www.npc.gov.cn/flcaw/userIndex.html?lid=ff8081817ca258e9017ca5fa67290806>

- **加强民生、金融、科技、媒体等领域的经营者集中审查、明确执法机构的主动调查权**：作为“防止资本无序扩张”的回应，《修正草案》中明确反垄断执法机构应当加强前述领域的审查；此外，《修正草案》亦从法律层面明确现行适用规则项下反垄断执法机构的主动调查权，即就未达到申报标准但具有竞争担忧的投资并购交易，反垄断执法机构应当依法进行调查。可以预期，涉及前述领域的经营者集中将面临更为严格的审查，就未达到申报标准但可能具有竞争担忧的投资并购交易，不排除反垄断执法机构事后关注并主动调查。**我们建议**，交易各方在交易筹划和谈判时可以结合交易涉及的行业领域、可能的竞争影响评估交易时间表和审批风险，通过交易条款的设置在交易双方之间合理分配审批风险。
- **全面提升垄断行为的行政处罚力度**：针对未依法申报实施经营者集中的行为，《修正草案》明确就存在竞争担忧的集中，除由执法机关责令采取必要措施恢复到集中前状态外，还将处以上一年度销售额10%以下罚款；不具有竞争担忧的，将处以500万元以下罚款。此外，《修正草案》引入个人责任，规定企业的法定代表人、主要负责人和直接责任人员对达成垄断协议负有个人责任的，可以处以100万元以下的罚款；对拒绝、阻碍反垄断审查调查等行为大幅提高了处罚力度；引入倍数罚款制度，在违法行为情节特别严重的情况下将罚款上限提高到原水平的2-5倍。由于垄断行为的隐蔽性，全面提升行政处罚力度有助于激励企业注重合规经营，特别是引入个人责任，将有助于“自上而下”推进经营者的合规体系建设（就合规体系建设的框架和建议，请参见《海问观察：经营者反垄断合规体系的构建》）。**值得一提的是**，就经营者历史上的未依法申报实施集中的行为，尽管原则上新法不溯及既往，但是由于集中行为具有持续性，是否适用新修订的《反垄断法》项下罚则，尚待执法实践中予以明确。作为观察，我们注意到2021年以来市场上通过自查和梳理历史交易，在新法出台之前的窗口期内就其未依法申报集中事宜主动向执法机关提交报告，以避免适用新法罚则的情形亦逐渐增多。

就《修正草案》的具体方面，我们摘取和分析如下重要看点，与各位分享。

1. 垄断协议方面

1. 拟对垄断协议认定设置“安全港”标准

《修正草案》第19条规定，经营者如果能够证明其在相关市场的市场份额低于国务院反垄断执法机构规定的标准的，则不适用《修正草案》第16条关于横向垄断协议、第17条关于纵向垄断协议，以及第18条关于轴辐协议的规定，但有证据证明前述协议排除、限制竞争的除外。

此前，“安全港”制度在个别反垄断指南中有所体现。例如，《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞争行为的规定》规定，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%（或者在相关市场上存在至少4个可以以合理成本得到的其他独立控制的替代性技术），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%（或者在相关市场上存在至少2个可以以合理成本得到的其他独立控制的替代性技术），可以推定不构成垄断协议。《关于汽车业的反垄断指南》亦规定，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，但前述推定规则仅适用于纵向协议中的地域限制和客户限制情形（就此事宜的相关解读，请参见《海问观察：汽车业反垄断指南解读》）。相较之前的指南，《修

正草案》从法律层面首次确立以市场份额为标准的垄断协议“安全港”制度，并且扩大了“安全港”制度的适用范围，涵盖横向、纵向和轴幅垄断协议。尽管如此，就长期执法实践以来认定为“核心卡特尔”行为（例如竞争者就产品/服务价格、产量达成合谋）是否能够适用“安全港”制度，有待进一步明确（我们理解很可能不能适用“安全港”制度）。

2. 拟调整转售价格维持安排的违法性认定规则

《修正草案》第17条第2款规定：对前款第1项（固定向第三人转售商品的价格）和第2项（限定向第三人转售商品的最低价格）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。这一新增条款事实上调整了现行执法实践中就转售价格维持安排的违法性认定原则，从“原则禁止”，调整为如果不具有排除或限制竞争效果的，转售价格维持安排可以不构成垄断协议，同时要求由当事人承担举证责任。

长期以来，行政执法机构对转售价格维持安排的执法严格按照“原则禁止，例外豁免”的框架执行，除非当事方能够证明相关安排满足《反垄断法》第15条项下豁免事由（实践中尚未有成功主张适用的公开先例），否则推定违法。法院则在民事诉讼中将是否存在排除或限制竞争效果作为转售价格维持构成违法的前提，并由原告承担证明责任。这一条款如能通过，有望协调行政执法和司法裁判实践中在此问题上的分野，引导行政执法机构趋向以评估竞争效果作为认定转售价格维持安排违法性的思路。

3. 拟引入“轴幅协议”，规定组织、帮助达成垄断协议者的法律责任

《修正草案》第18条规定：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。此外，《修正草案》第56条规定，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，适用与达成垄断协议经营者相同的处罚规定。前述条款沿用《征求意见稿》中的相关规定，将学理上的“轴幅合谋”的垄断协议行为在法律层面予以单独列举。与《征求意见稿》相比，《修正草案》就组织达成“轴幅协议”的主体增加“提供实质性帮助”这一限定。就何为“提供实质性帮助”，如这一条最终通过，亦有待结合执法实践作具体解读。

值得提示的是，就互联网平台和采用分销政策的经营者而言，由于其连接诸多平台内经营者或者经销商，其商业模式使其当然处于居间和协调的地位，更容易曝露于“轴幅协议”的场景中，**我们建议**企业在日常经营活动中，在包括面向平台内经营者或经销商的会议、培训和交流中，有意识地避免成为平台内经营者或经销商就竞争性敏感信息交流、达成违法协调的平台。

2. 滥用市场支配地位方面

在滥用市场支配地位方面，《修正草案》仅于第22条现有的滥用行为基础上进一步明确如下情形，即“具有市场支配地位的经营者利用数据和算法、技术以及平台规则等设置障碍，对其他经营者进行不合理限制的，属于前款规定的滥用市场支配地位的行为”。前述条款体现了反垄断执法对于互联网新型滥用行为的关注，例如，利用数据和算法实施差别待遇（或称“大数据杀熟”或“千人千价”）、利用技术屏蔽竞争对手或者拒绝开放API接口达到拒绝交易的效果、利用平台规则实施“二选一”或者附加其他不合理的交易条件等。如具有市场支配地位的经营者（主要指向但不限于互联网平台）实施前述行为，对于其他经营者进行不合理限制的，则很可能落入滥用市场支配地位的

规制范畴进而招致不利的法律后果。就此，2021年2月7日国务院反垄断委员会发布《关于平台经济领域的反垄断指南》中，就前述滥用行为的表现以及认定的考虑因素有具体的指引，可以作为经营者合规经营的参考（就此事宜的相关解读，请参见《海问观察：平台经济反垄断指南征求意见稿》）。

值得提示的，就互联网平台的相关滥用行为，平台经营者或平台内经营者的特定行为，可能同时受反垄断法、反不正当竞争法、网络安全法、个人信息保护法、电子商务法、广告法、价格法和消费者保护法的规制，不同法律法规项下的适用条件、规制路径和法律责任均有所不同。例如，“二选一”、“大数据杀熟”即是较为典型的示例。与之相关的，2021年10月29日，国家市场监督管理总局就《互联网平台分类分级指南》《互联网平台落实主体责任指南》公开征求意见²，从竞争法、数据保护、知识产权法、价格法、广告法等多个角度全面归纳、细化了互联网平台的责任。其中，参考欧盟《数字市场法案》（草案）的监管思路，对于“超大型平台”³提出更高的监管要求。我们建议，互联网平台经营者或平台内经营者，结合其特定的市场地位、市场行为与市场条件，对经营行为可能涉及的合规风险进行分类和分级，以了解边界，有序竞争。

3. 经营者集中申报方面

1. 引入停钟制度

《修正草案》拟引入“停钟制度”，规定有下列情形的，反垄断执法机构可以中止计算审查期限，自中止计算审查期限的情形消除之日起，审查期限继续计算：（1）经营者未按照规定提交文件、资料，导致审查工作无法进行；（2）出现对经营者集中审查具有重大影响的新情况、新事实，需要进行核实；（3）对经营者集中附加的限制性条件需要进一步评估，且经营者同意。

根据我们的经验，“停钟制度”更多可能是为了回应具有竞争关注的复杂案件（特别是可能作出附条件批准的案件）中反垄断执法机构的法定审查时限不足的问题。以往就个别复杂案件，申报人可能需要在法定审限结束前撤回申报而后重新提交，以给予执法机关更多时间就复杂案件进行审查。“停钟制度”的引入符合国际的主流实践，亦有助于解决前述实践问题。

2. 从法律层面明确对未达申报标准经营者集中的执法权

《修正草案》第26条规定，经营者集中未达到国务院规定的申报标准，但有证据证明该经营者集中具有或可能具有排除、限制竞争效果的，国务院反垄断执法机构应当依法进行调查。现行《经营者集中审查暂行规定》项下即具有相同的规定，《修正草案》将此提升至法律层面予以规定。

² 国家市场监督管理总局关于《互联网平台分类分级指南》、《互联网平台落实主体责任指南》公开征求意见的公告，具体请见：http://www.samr.gov.cn/hd/zjdc/202110/t20211027_336137.html。

³ “超大型平台”，是指在中国的上年度年活跃用户不低于5000万、具有表现突出的主营业务、上年末市值（或估值）不低于1,000亿人民币、具有较强的限制平台内经营者接触消费者（用户）能力的平台。

前述条款，预示着就“扼杀式并购”或者如下第3.3部分提及的重点审查领域，未来反垄断执法机构可能会更加积极主动地执法。就此，**我们建议**，交易各方在交易规划和谈判时应当结合交易涉及的领域、可能的竞争影响评估交易时间表和审批风险，通过交易条款在交易双方之间合理分配风险。就具有或可能具有竞争关注的交易，结合个案中的具体情形，考虑事先与反垄断执法机构作商谈咨询或主动提交申报，以避免事后监管给交易带来的不确定性以及不利的舆情影响。

3. 经营者集中的重点审查领域

《修正草案》第37条规定，国务院反垄断执法机构应当依法加强民生、金融、科技、媒体等领域经营者集中的审查。与此相关的，根据国家市场监督管理总局过去2019年、2020年发布的《中国反垄断年度执法报告》，包括互联网、信息通信、公用事业、医药、半导体、汽车、建材、交通、石化在内的重点行业是反垄断执法重点关注行业领域。可以预期，涉及前述领域的相关投资并购交易的经营集中将面临更为严格的审查，就可能具有竞争担忧但未达到申报标准的投资并购交易，不排除反垄断执法机构主动调查。

4. 《修正草案》相关行政处罚小结

《修正草案》在多方面提升其威慑力，如下请见就现行《反垄断法》和《修正草案》项下就相关垄断行为的行政处罚条款对比小结，供企业参考。

违法行为	《反垄断法》	《修正草案》
垄断协议	<ul style="list-style-type: none"> 达成并实施：责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额1-10%的罚款； 达成未实施：罚款上限50万元。 	<ul style="list-style-type: none"> 达成并实施：与左列相同；增加：上一年度没有销售额的，处500万元以下罚款； 达成未实施：罚款上限提升至300万元； 个人责任：法定代表人、主要负责人和直接责任人对达成垄断协议负有个人责任的，可以处100万元以下罚款； 轴辐协议：组织者适用上述罚则。
滥用市场支配地位	<ul style="list-style-type: none"> 责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额1-10%的罚款。 	<ul style="list-style-type: none"> 不涉及调整。
违法实施经营者集中	<ul style="list-style-type: none"> 责令恢复至集中前状态，处50万元以下罚款。 	<ul style="list-style-type: none"> 具有竞争担忧的，责令恢复至集中前状态，处上一年度销售额10%以下罚款； 不具有竞争担忧的，处500万元以下罚款。

违法行为	《反垄断法》	《修正草案》
拒绝、阻碍调查	<ul style="list-style-type: none"> 单位：罚款上限100万元； 个人：罚款上限10万元。 	<ul style="list-style-type: none"> 单位：罚款上限上一年度销售额10%（上一年度没有销售额或销售额难以计算的，罚款上限500万元）； 个人：罚款上限50万元。
倍数罚款机制	<ul style="list-style-type: none"> 不涉及。 	<ul style="list-style-type: none"> 对“情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的”，反垄断执法机构可以按照上述规定的罚则，乘以2-5倍，拟定罚款； 理论上可以至多处经营者上一年度销售额50%的罚款。
失信记录	<ul style="list-style-type: none"> 不涉及。 	<ul style="list-style-type: none"> 记入信用记录；对严重违法失信行为给予信用惩戒，向社会公示。
违法所得	<ul style="list-style-type: none"> 执法实践中难以计算。 	<ul style="list-style-type: none"> 违法所得难以计算的，执法机构应当将违法所得作为确定具体罚款数额时的考虑因素。
