

## 反垄断法律热点问题

### 《关于垄断协议豁免一般性条件和程序的指南》（征求意见稿）解读

根据中国《反垄断法》第十五条的规定，经营者达成的横向和纵向垄断协议在满足一定条件下可以取得豁免。但在执法实践中，虽然自2008年《反垄断法》生效以来，反垄断执法机构处理了一系列具有重大影响的案件，其中大部分案件涉及横向或纵向垄断协议，如日本汽车零配件案、滚装货物国际海运企业串通投标案、奶粉案等，却尚未有公开的成功适用豁免之案例。究其原因，一方面为豁免条款本身的适用条件较为严苛（这与其他主要法域的实践一致）；另一方面，也是由于此法条的规定较为抽象且缺乏对应的程序。而与抽象的法条相对的，是愈加丰富的经济实践和市场活动：竞争者之间非经营者集中的各种形式的横向合作，如共同研发、共同生产等，其中不乏可带来巨大效率的合作；特殊行业（如航空、海运）所存在的各种联盟形式，可能能够大大提高运营效率。在此背景下，国家发改委于2016年5月12日公布《关于垄断协议豁免一般性条件和程序的指南》（征求意见稿）（下称“《征求意见稿》”）向社会公开征求意见，这是国家反垄断执法机构提高执法透明度和可预期性又一里程碑。

《征求意见稿》系统性地讨论了豁免的管辖、申请、执法机构对给予豁免的一般考虑要素、咨询等规则，这将对企业运用豁免制度，在一定程度上避免和减小已被调查或拟议的商业安排被认定为垄断协议的风险，具有指导性的意义。我们将在下文对《征求意见稿》中所涉的关键法律问题和相应规定逐一予以解读。

#### 一、豁免的性质和申请时间

《征求意见稿》中所称的豁免，是指经营者能够证明所达成的协议符合《反垄断法》第十五条规定，从而不适用第十三条、第十四条规定即横纵向垄断协议的情形。需要注意的是，《征求意见稿》所规定的豁免从性质上而言并非是传统的事前豁免（即在协议达成前向执法机构申请豁免）。相反的，其要求经营者或行业协会的豁免申请需在反垄断执法机构调查后、决定做出前的时间内方能提出。具体而言，反垄断执法机构在下达行政处罚事先告知书前，将以适当形式告知相关经营者、行业协会。行业协会依据《反垄断法》第十五条规定提出豁免申请的权利。而相关经营者、行业协会可以选择在反垄断执法机构调查后、收到

行政处罚事先告知书前提出豁免申请，或者是在收到行政处罚事先告知书后在行政处罚事先告知书规定的陈述、申辩期内提出豁免申请。

而在协议达成前，经营者或行业协会对拟议商业安排是否符合豁免条件，可向反垄断执法机构提出咨询，但反垄断执法机构仅在特定情况下接受咨询（请详见下文就豁免咨询程序的讨论）。

## 二、豁免的申请材料、一般考虑要素和程序

### 1、申请材料

《征求意见稿》中明确了豁免申请书中所应当包含的几项内容，其中我们理解申请豁免的理由和证据将是反垄断执法机构重点考量的因素。此外，是否已向其他司法辖区提出过豁免申请及批复情况也需要向执法机构进行汇报。

### 2、能否适用豁免的主要考虑因素

根据我国《反垄断法》第十五条的规定，除符合“为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的”和“法律和国务院规定的其他情形”这两种情形之外，针对第十五条第一款前五项申请豁免的情形，经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。为此，《征求意见稿》分别从协议是否属于豁免情形、协议是否严重限制相关市场竞争和能否使消费者分享协议产生利益这三个方面分别列举了所需考虑的因素，以便于《反

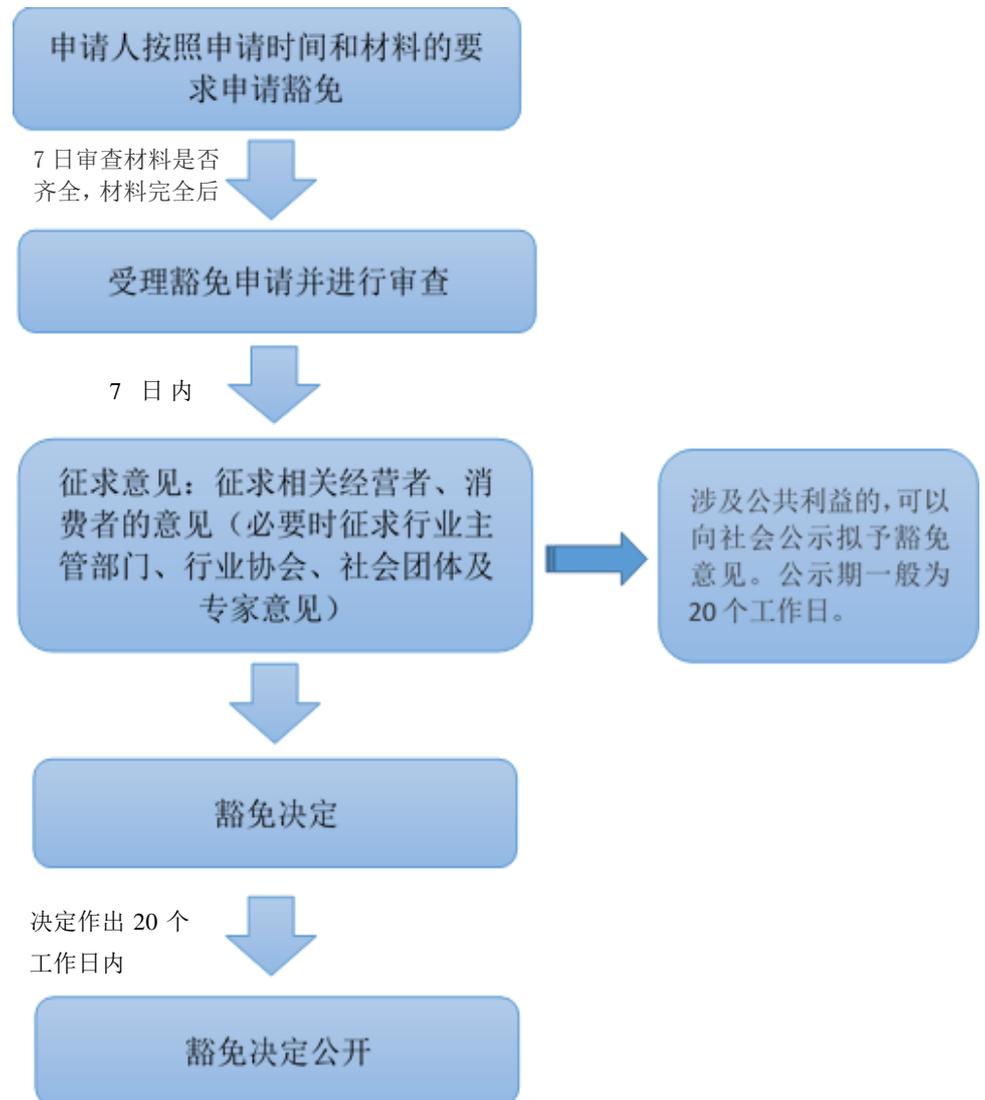
垄断法》执法机构和申请人进行综合考量和分析。

其中，协议与实现该情形之间的因果关系和重要性是判断是否属于豁免情形的重要考量因素。我们理解，这与欧盟法下适用 101（3）条进行豁免中的必要性要求（“indispensability”）存在一定的相似性；而就协议是否将严重限制相关市场竞争时，市场份额等用于衡量双方市场力量的要素（也同时是《反垄断法》第十八条认定市场支配地位所应当依据的因素）被一一列举出来，我们理解，虽然《征求意见稿》并无像欧盟的相关指南一样，设立相对明确的安全港（safe harbor），但是背后的执法思路则具有一定的一致性；对于能否使消费者分享协议产生的利益这一问题，《征求意见稿》规定，除协议能够给消费者所直接带来的产品价格降低、质量提升等直接因素外，如果相关利益在一定时期后才能传递给消费者，则需要对相关利益进行折现后再予以考虑。这一规定不甚清楚，利益如何折现，何时进行考虑都值得商榷及进一步澄清。

### 3、豁免程序

《征求意见稿》规定，国务院和省级反垄断执法机构是豁免申请的审查机构。省级反垄断执法机构在收到豁免申请后，应向国务院反垄断执法机构书面报告有关情况和初步审查意见，并在国务院反垄断执法机构书面反馈有关意见后，依法决定是否给予豁免。省级反垄断执法机构作出的决定与国务院反垄断执法机构反馈意见不一致的，应当向国务院反垄断执法机构作出说明。

就《征求意见稿》中规定的豁免的程序，我们将基本流程总结如下：



从以上图示可以看出，豁免程序的流程较为明确，但是反垄断执法机构就豁免申请的审查时限问题，《征求意见稿》中仍未明确。

此外，在反垄断执法机构做出豁免决定后，经营者并非一劳永逸。若经营者的市场份额、竞争状况等据以豁免的因素发生重大变化，则原有的豁免决定可能无法继续适用，经营者应主动报

告相关情况。反垄断执法机构也有可能根据具体的情形做出撤销豁免的决定。

### 三、豁免咨询

如前所述，在协议达成前，经营者或行业协会对拟议商业安排是否符合豁免条件，可向反垄断执法机构提出咨询。《征求意见稿》中对豁免咨询的条件和程序做出了进一步的规定。

首先,《征求意见稿》第十七条明确了反垄断执法机构一般不接受豁免咨询。其次,如果拟达成的协议可能对包括中国市场在内的多个国家或者地区市场竞争产生影响,且相关经营者或者行业协会拟向其他国家或者地区提起豁免申请的或全国性行业协会代表行业整体,就具有一定广泛性或者重要性的协议咨询意见的,反垄断执法机构在执法资源允许的前提下可以接受咨询。需要注意的是,即使是上述两种情况,所咨询的拟达成协议还要满足确定性、具体性等一系列的要求。考虑到如上的诸多限制条件和执法机构的自由裁量权,受理豁免可能仅是非常少数的例外情况,就此,《征求意见稿》也明确了不受理豁免咨询不代表对所涉协议的任何执法倾向。

《征求意见稿》规定,国务院反垄断执法机构是豁免咨询的受理机关,而申请人只能向其中一家提出申请。如受理咨询事项属于其他执法机构职权范围的,受理机构可将申请移交至有执法权的机构或告知申请人向有执法权的执法机构提出申请。收到申请后,执法机构应在7日内作出是否受理豁免咨询的决定,并告知申请人。如受理,一般情况下,受理机构会在60个工作日内出具书面意见,但如其认为无需出具书面意见的,可以口头告知申请人意见。意见一般会包括执法机构关注的竞争问题,以及如何解决竞争关注的建议,对于较为明显符合豁免条件或者不符合豁免条件的,可以告知可能给予豁免或者可能不给

予豁免,并说明相关理由。

需要注意的是,《征求意见稿》对咨询意见的效力的规定,其表达执法机构依据已有材料对该申请豁免协议的竞争关注和执法倾向,一方面,执法机构作出可能会给予豁免的意见,不妨碍其在协议实施后对其进行反垄断调查;另一方面,执法机构作出可能不予豁免的咨询意见,申请人仍然可以实施。这将使得咨询意见的效力大打折扣,也将一定程度上削减经营者和行业协会申请咨询豁免的积极性。

#### 四、其他亮点

值2016年3月23日,发改委公布了《关于汽车业的反垄断指南》(征求意见稿)(下称“《汽车指南》”),并向社会公开征求意见。结合汽车行业实务,并考虑到转售价格维持(下称“RPM”)可能产生的效率,《汽车指南》列举了若干可主张个案豁免的情形,具体包括:新能源汽车的推广期(9个月)内的RPM,经销商仅作为中间商的交易的RPM,经销商在政府采购或电商销售中仅充当协助交易角色的情况下的RPM。发改委本次发布的《征求意见稿》的中明确了,国务院反垄断委员会可以根据执法需要,在条件成熟时,就豁免特定类型或特定行业的垄断协议出台指南。由于两部指南均未正式出台,《征求意见稿》考虑到了与《汽车指南》出台后的衔接问题,有助于保证后期执法环境的一致性。

## 五、小结

我们认为，虽然目前的《征求意见稿》中仍有需要进一步商榷和明晰的部分，但无论如何，其使得《反垄断法》第十五条的豁免制度不再仅

仅停留在纸面上。在《关于垄断协议豁免一般性条件和程序的指南》正式出台后，其将使经营者和行业协会申请垄断协议豁免有据可循，并提高反垄断执法的透明度和可预期性，进而更加有序地维护市场公平、有序的竞争。

魏瑛玲 合伙人 电话：86 10 8519 1380 邮箱地址：weiy1@junhe.com  
白雪斐 律师 电话：86 10 8519 2431 邮箱地址：baixf@junhe.com  
董哲 律师 电话：86 10 8519 2398 邮箱地址：dongzh@junhe.com

---

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“[www.junhe.com](http://www.junhe.com)”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE\_LegalUpdates”。

