

反垄断法热点问题

《关于认定经营者垄断行为违法所得和确定罚款的指南》（征求意见稿）解读

《反垄断法》第四十六条和四十七条规定了达成实施垄断协议以及滥用市场支配行为的法律责任，包括没收违法所得和罚款，但其并未明确提供计算和确定违法所得和罚款数额的方法。为提高法律的确信性和执行的预见性，通过总结之前的实践和参考其他法域经验，发改委在征求了企业、协会、学者及中外律师的意见的基础上，就违法所得和罚款的计算和确定，起草了《〈关于认定经营者垄断行为违法所得和确定罚款的指南〉（征求意见稿）》（以下简称“《征求意见稿》”），并于2016年6月17日，公开向社会征求意见。就此《征求意见稿》的主要要点，请见如下我们的介绍和解读。

一、适用范围

《征求意见稿》明确规定了指南的适用范围仅限于达成实施垄断协议和滥用市场支配地位的情况，不包括违法实施经营者集中的罚款确定。

二、违法所得的认定

《征求意见稿》将违法所得定义为“垄断行为存续期间因该行为多得的收入或减少的支出”，在执行中，执法机构仅没收中国境内或涉

及中国市场的违法所得。

（一）没收违法所得的计算

对于违法所得为多得收入的情形，反垄断执法机构可以将经营者的实际收入扣除假定收入后的余额，认定为垄断行为违法所得。对于违法所得为减少支出的情形，反垄断执法机构可以将假定支出减去实际支出的余额认定为垄断行为违法所得。其中，实际收入和实际支出可参考经营者根据会计制度确定的金额。而假定收入和假定支出既可以用对照价格乘以对照数量（假定未发生垄断行为时的价格和数量）的方法计算，也可通过综合考虑该经营者在垄断行为发生前市场占有率、销售量、历史利润率以及本行业利润率、近似市场利润率等因素来确定。

一般来讲，假定未发生垄断行为时的销售价格和数量可能更多的需要利用经济学方法进行测定，相对较为复杂，结果的争议性较高；而在市场相对稳定、竞争者情况比较类似的情况下，利用本行业利润率或经营者历史利润率计算假定收入和支出可能相对合理简单。

(二) 计算违法所得的一些特殊情形

《征求意见稿》规定了一些行为和情况下计算违法所得的特殊情形。例如：交易时在价格之外附加不合理费用的，以所收取的全部不合理费用作为违法所得。

《征求意见稿》还规定了在非主观因素下导致数据不完整或无法合理计算，执法机构可以不予没收违法所得，而在确定罚款时予以考虑，我们理解，如适当调整罚款比例等。

● 简要评论

欧美等反垄断法相对成熟的法域均未将“没收违法所得”列为垄断协议或滥用市场支配地位的处罚之一，最主要的原因之一是确定违法所得非常困难，对于行政执法资源的使用相对巨大。如目前的《征求意见稿》所显示的，计算违法所得的难度高，准确度低，容易产生争议。中国反垄断业界的学者及从业者已多有呼吁取消中国反垄断法中关于没收违法所得的处罚，而以罚款为主，节约行政执法资源，提高执法效率。

三、罚款的确定

(一) 相关概念的解释

《反垄断法》第四十六条、四十七条和四十八条都规定了“经营者违反本法规定，反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款”，但是实践中，反垄断执法机构的自由裁量权比较大，有的案件处罚基数为 1%，有的为 8%，

差别巨大。《征求意见稿》对于“上一年度”、“销售额”、“经营者”、“确定基础罚款比例”、“调整基础罚款比例”等进行了明确的规定，增加了罚款的透明度和公正性。

1. “上一年度”的界定

反垄断执法机构通常以启动调查时的上一个会计年度来计算经营者销售额。垄断行为在反垄断执法机构启动调查时已经停止的，上一年度为垄断行为停止时的上一个会计年度。会计年度自公历 1 月 1 日起至 12 月 31 日止。经营者采用不同会计年度的，按照中国的会计年度进行调整后使用。

就以上规定，建议进一步明确启动调查的时间，如规定反垄断执法机构向被调查主体发送正式的调查通知时为启动调查的时间。对于非持续性垄断违法行为，应当以最后一次违法行为停止时的上一年度计算。

2. “销售额”的界定

《征求意见稿》明确了之前实践中处理案件的做法：即在一般情况下，反垄断执法机构以经营者在实施垄断行为的地域范围内涉案商品的销售收入作为计算罚款所依据的销售额。如果这个地域范围大于中国境内市场，一般以境内相关商品的销售收入作为确定罚款所依据的销售额，即以中国市场相关产品的营业额作为罚款计算基础。

但同时，《征求意见稿》也提出了在特定情形

下，罚款基础不仅局限于相关产品的营业额，即执法机构可以选择不超过经营者全部销售收入作为计算罚款所依据的销售额。特定情形包括但不限于：

- 经营者全部销售额远远大于相关市场销售额，但垄断行为性质严重、对竞争格局和消费者利益损害严重，相关市场销售收入无法反映经营者的违法程度；
- 经营者跨国达成并实施垄断协议，或者滥用市场支配地位，对中国境内市场产生排除、限制竞争影响，但违法行为存续期间在中国境内没有销售收入或销售收入很少的。

3. “经营者”的范围

一般情况下，反垄断执法机构以直接实施垄断行为的经营者作为行政处罚对象。如果该经营者的母公司对其实施垄断行为具有决定性的影响力，可以母公司为处罚对象。我们注意到，此处对母公司的决定性影响力的考虑因素，与经营者集中下的控制权判断有相似的地方，主要为是否对经营活动具有控制力，考虑因素包括股比、董事会构成、公司架构、经营管理制度、议事规则以及事实上的控制权，如投资关系、协议或其他安排。

综合而言，根据本指南对“上一年度”、“销售额”、“经营者”的解释可知，根据经营者违法的性质和程度，其处罚区间最小为涉案产品和服务所属公司被启动调查时的上一年度销售额的1%，最大为涉案公司的母公司被启动调查时的上

一年度的全部产品和服务销售额的10%。

(二) 罚款的确定

《征求意见稿》规定，罚款的确定步骤为：第一步，确定上一年度销售额；第二步，考虑违法行为性质和持续时间确定基础罚款比例；最后，考虑其他从重、从轻、减轻因素、违法行为程度等因素调整比例，据此计算罚款数额。

1. 根据行为和性质确定基础罚款比例

就行为性质而言：

序号	垄断行为	基础罚款比例
1	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横向垄断协议	3%
2	除第一项外的其他横向垄断协议（如抵制交易等）	2%
3	所有的纵向垄断协议（固定转售价格或最低转售价格）	1%
4	通过市场竞争取得市场支配地位的经营者的滥用行为	2%
5	具有法定市场支配地位的经营者的滥用行为	3%
法定支配地位：即依照有关法律、行政法规取得的市场支配地位。具有法定市场支配地位多指供水、供电、供气、电信、铁路和烟草等行业的经营者。		

就时长而言，以垄断行为持续一年为基数，每延长一年的，罚款比例增加1%。延长不足6个月的，罚款比例增加0.5%；超过6个月且不足一年的，罚款比例增加1%。如果垄断行为出现中

断，持续时间以垄断行为的实际存续时间累加计算。

2. 调整基础罚款比例

反垄断执法机构在确定基础罚款比例后，将根据垄断行为的违法程度进行调整，确定最终罚款比例。违法程度主要考虑垄断行为对市场竞争和消费者利益的损害程度，评估因素主要包括涉案企业市场占有率，相关市场进入难易程度、集中度和竞争程度，交易相对人的市场力量，违法

行为的地域市场范围，违法行为实施程度，相关商品价格变动情况以及消费者和其他经营者受到的损失等。垄断行为较轻，对市场竞争和消费者利益造成的损害较小的，及依法配合审查和调查的，反垄断执法机关将认定为具有从轻情节，并对基础罚款比例进行下调；反之则对基础罚款比例进行上调。对于同时拥有从重处罚、从轻处罚情节的，应以实际具有的从重和从轻情节综合调整确定。具体见下表：

序号	从重情节	基础罚款比例
1	(一) 在垄断行为中起主要作用或者胁迫、诱骗其他经营者实施垄断行为，或者妨碍其他经营者停止该垄断行为的； (二) 在同一案件中实施多个垄断行为，或在不同案件中多次实施垄断行为的；或 (三) 主动推动、促成行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力排除、限制竞争的。	+1%
2	(四) 反垄断执法机构已经责令停止，仍然继续实施垄断行为的；或 (五) 其他依法应当考虑的从重情节。	+0.5%
	违法程度严重的，调整后的罚款比例不低于 6%；损害很小的，不高于 3%。	

序号	从轻减轻情节	基础罚款比例
1	(一) 受其他经营者胁迫实施垄断行为的； (二) 受行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织强制、胁迫实施垄断行为的； (三) 配合行政机关查处违法行为有立功表现的；或 (四) 主动消除违法行为危害后果的。	-1%
2	(五) 主动减轻违法行为危害后果的； (六) 主动提供其他经营者除本案以外违反《反垄断法》有关证据的；或 (七) 其他依法应当考虑的从轻情节。	-0.5%

反垄断执法机构确定的最终罚款比例不得高于 10%，除适用《反垄断法》第四十六条第二款以及按照《行政处罚法》减轻处罚外，不得低于 1%。经营者违法行为性质不严重、持续时间不超过 1 年、违法程度较轻，没有从重处罚情节且具有两个以上从轻处罚情节的，反垄断执法机构可以根据《行政处罚法》的规定减轻行政处罚。

四、其他亮点

考虑到可能涉及较为复杂的经济分析，《征求意见稿》第三十二条规定“反垄断执法机构可以委托无利害关系且有相关业务能力的第三方机

构，开展违法所得和上一年度销售额的初步认定工作”。就此，被查企业也可积极委托第三方机构出具分析报告，提交反垄断执法机构评估，争取减轻处罚。

《征求意见稿》反映了我国反垄断执法机构近年在违法垄断行为调查中实施处罚的实践做法和成果，将有助于提高执法的透明度、可预测性、科学性和效率。就其中违法所得的规则能否以及如何与反垄断民事诉讼中的损害赔偿认定相联系，则待未来的司法实践厘清。

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
马成豪 律 师 电话：86 10 8519 1278 邮箱地址：machh@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”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

