

反垄断法律热点问题

《<反垄断法>修订草案（公开征求意见稿）》要点简析

2020年1月2日，国家市场监督管理总局发布了《<反垄断法>修订草案（公开征求意见稿）》（以下简称“《征求意见稿》”）。《征求意见稿》是《反垄断法》施行以来的首次公开修订草案，一方面，反映了12年来我国反垄断执法所积累的经验和对竞争政策最新的研究成果，另一方面也侧重解决在执法实践中遇到的迫切问题。随着我国政府在诸多领域的修法节奏加快，且十三届全国人大常委会已将《反垄断法》的修订列入了立法计划，本次《征求意见稿》的发布意味着《反垄断法》施行以来的第一次正式修订也箭在弦上。

整体而言，《征求意见稿》最为突出的特点是增加了法律的威慑性，进一步加重了违反《反垄断法》行为的法律责任，无论是从定性上，比如将组织、帮助其他经营者达成垄断协议也规定为违法行为，需承担法律责任，还是从定量上，比如将经营者集中申报应报未报的罚款上限从50万人民币提升至最高10%的营业额，甚至，在第57条中为引入刑事责任留下了空间。除了法律责任的加重，《征求意见稿》对垄断协议、滥用市场支配地位、经营者集中等方面的实体性或程序性规定均有一定修改，并将公平竞争审查制度上升至《反垄断法》层面，进一步规范政府行政行为，防止出台排除、限制竞争的政策措施。虽然《征求意见稿》仅为修订草案，并

无法律效力，但其在一定程度上可以反映反垄断立法和执法的走向，对企业的反垄断合规工作具有一定的参考意义。以下请见我们对《征求意见稿》的主要法律要点所进行的分析。

一、应报未报、抢跑以及达成垄断协议未实施等行为的罚款上限大幅提升

《征求意见稿》大幅加重了对违反经营者集中申报规定和达成但尚未实施垄断协议的处罚力度。对于应报未报、申报后未经批准实施集中（即“抢跑”）及违反附条件及禁止集中决定的情形，《征求意见稿》将现行《反垄断法》规定的罚款上限从50万元调整为上一年度销售额的10%，与“达成和实施垄断协议”和“滥用市场支配地位”的罚款幅度保持了一致，也更加接近欧盟等法域对违反并购审查制度的处罚幅度。此种修订最终如果采纳通过，则意味着企业无论是抢跑还是应报未报，所面临的风险将大幅提升。

而对于垄断协议，虽然《征求意见稿》并没有修改对达成并实施垄断协议行为的罚款幅度，但把对达成而尚未实施垄断协议的罚款上限从50万元提至5000万元。对于达成垄断协议行为但上一年度没有销售额的经营者，《征求意见稿》也补充规定了最高5000万元的罚款数额。此外，针对行业协会的罚款上限也从50万元提至500万元。

表：垄断行为罚款上限对比

处罚对象	现行《反垄断法》的罚款上限	《征求意见稿》的罚款上限
违反经营者集中申报规定（包括应报未报、申报后未经批准实施集中及违反附加条件及禁止集中决定）的经营者	50万元	上一年度销售额的10%
达成并实施垄断协议的经营者	上一年度销售额的10%	上一年度销售额的10%
达成但尚未实施垄断协议的经营者	50万元	5000万元
达成垄断协议但上一年度没有销售额的经营者	未明确规定	5000万元
组织经营者达成垄断协议的行业协会	50万元	500万元
滥用市场支配地位的经营者	上一年度销售额的10%	上一年度销售额的10%

二、实施垄断行为将可导致刑事责任

现行《反垄断法》并没有对垄断行为规定刑事责任。《征求意见稿》第57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。构成犯罪的，依法追究刑事责任。”虽然关于何种垄断行为构成犯罪以及相应刑罚，《征求意见稿》并未明确，尚待刑法修正案予以明确，但所保留的引入刑事责任的空间体现了立法机构增强《反垄断法》威慑力的意图。

事实上，追究经营者实施垄断行为的刑事责任并不罕见，在部分法域，特别是美国的反垄断制度中，刑事责任是保障反垄断法实施的重要部分。但是，鉴于刑事责任的严厉性，其他国家执法机构的追究刑事责任的范围主要限于核心卡特尔行为。比如，美国《谢尔曼法》虽然规定垄断协议或滥用支配地位行为都可以构成犯罪，但迄今为止几乎所有美国反垄断刑事调查和诉讼都仅限于核心卡特尔行为。因此，如果未来垄断行为入刑，可能也主要针对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以及分割销售市场或者采购市场等横向垄断协议行为。

三、增加禁止组织、帮助其他经营者达成垄断协议的规定

《征求意见稿》在第17条新增了“禁止经营者组织、帮助其他经营者达成垄断协议”的规定，这一点弥补了《反垄断法》规定上的空白，对于企业合规工作而言，也是一个需要更新的注意点。

在现行《反垄断法》的规则下，执法机关对仅组织和协助经营者达成垄断协议、但本身不参与垄断协议的经营者缺乏处罚依据：既无法基于禁止横向垄断协议的规定（仅适用于具有竞争关系的经营者），也无法基于纵向垄断协议的规定（仅适用于具有上下游关系的经营者）予以规制。例如，竞争者通过第三方平台或中介机构达成横向垄断协议，对于为竞争者提供达成横向垄断协议便利的平台经营者或中介机构，现行《反垄断法》难以规制，企业自身的风险评估也存在不确定性。对于各经销商分别通过与生产商进行敏感信息交换或签订纵向协议的方式削弱经销商之间的竞争的情形，一方面经销商之间并未达成横向垄断协议，可能仅是知晓彼此分别与生产商存在相似安排，一方面生产商与各经销商之间的安排并不直接违反禁止纵向垄断

协议的规定却达到了纵向垄断的效果。就此种具有限制竞争效果的轴辐合谋（hub-and-spoke conspiracy），《征求意见稿》新增的第十七条弥补了现行《反垄断法》规则的空白。

需要注意的是，《征求意见稿》并未对“组织、帮助其他经营者达成垄断协议”进行明确的界定。在实践中，对于如何判断某行为或安排达到组织、帮助的效果尚存在不确定性，但可以预见的是，针对具有排除限制竞争效果的轴辐合谋、平台算法等促进垄断协议的行为的调查和诉讼将可能愈加活跃。

四、增加认定互联网领域经营者具有市场支配地位的因素

《征求意见稿》在第21条明确了“认定互联网领域经营者具有市场支配地位还应当考虑网络效应、规模经济、锁定效应、掌握和处理相关数据的能力等因素”。该条体现了反垄断立法对互联网行业的关注，也反映了实践中互联网行业反垄断执法中遇到的特殊问题。

互联网行业的经营模式与其他行业存在一定本质区别，传统的市场力量分析框架可能并不能恰当地反映互联网领域经营者的市场地位。《征求意见稿》将“网络效应、规模经济、锁定效应”纳入认定支配地位的因素，一定程度上是基于对互联网领域的多边市场特征和特殊竞争业态的认识。值得注意的是，在各国反垄断机构对基于数据的竞争产生关切的背景下，《征求意见稿》将“掌握和处理相关数据的能力”纳入认定市场支配地位的因素，体现了我国立法机关对解决大数据与反垄断问题的积极态度。

国家市场监管总局在2019年双11前夕就“二选一”问题与互联网企业进行了座谈，并对该行为可能触发《反垄断法》和《电商法》进行了充分提示，特别是，对构成滥用市场支配地位行为的，将依据反垄断法有关规定进行严厉处罚，规范市场竞争秩

序，促进互联网行业持续健康发展。《征求意见稿》针对互联网领域经营者的特殊规定与该政策导向遥相呼应，从技术上弥补了传统方式对认定互联网领域经营者市场支配地位行为可能面临的问题，这一点从合规角度，也值得互联网企业予以关注。

五、有望出台多元和灵活的申报标准

申报标准是判断一项经营者集中是否需要申报的重要依据，需要同时兼顾行政权能的合理性、有效性和效率性。目前我国所适用的申报标准仍为2008年公布的《国务院关于经营者集中申报标准的规定》（虽然该规定在2018年进行了修正，但其中的营业额规模并未有实质变更），在《反垄断法》实施过程中，关于申报标准是否与高度发展的经济水平和愈加明显的行业多样性相符合的讨论也一直不断。《征求意见稿》对此予以了回应：一方面，其将申报标准的制定及修改的权限明确赋予更为了解实践需要的反垄断执法机构；另一方面，其明确了制定和修改申报标准需要考虑经济发展水平、行业规模等因素，并要求将申报标准予以公布，在保留灵活操作空间的同时也兼顾了一定的确定性的要求。特别是，对于行业规模的考虑，是否意味着对于特定行业或类型的参与集中的经营者在营业额标准或计算方式会有所差异和区别。目前，此种区别仅体现在2009年公布的《金融业经营者集中申报营业额计算办法》中，银行、保险等金融企业可以适用特殊的营业额计算方式，而对PE或VC类型的投资者该办法并不能直接适用。《征求意见稿》所传递的申报标准的多元性和灵活性有望带来更多合理的差异化。

六、引入“停表”制度，增加经营者集中审限的弹性

除了对申报标准保留了较为灵活的操作空间，《征求意见稿》进一步引入了“停表”制度，增加了审限的弹性：其明确列出了不计入审查时限的情形，如补交材料、限制性条件磋商等。停表制度增加了个案处理中程序上的灵活性，避免了僵化的审

限的要求所带来的不必要的程序性操作（比如：撤回再重新申报）。但是，停表制度的适用条件和适用方式应受到较为严格的限制，否则可能会削弱审限的正面作用，导致审查时间的进一步延长和不可预测性。在欧盟，停表的触发往往是基于申报方无法按时提供委员会所要求的信息或材料、或者未能及时通知委员会关于交易或申报材料的实质性变化等特殊情形。就限制性条件的磋商是否适宜适用停表制度，以及如果适用，是否需要对其具体适用方式（如停表最长时长）加以限制，我们认为可能会在后续修订进程中予以进一步讨论和完善。

七、已交割的交易并非一劳永逸

《征求意见稿》就经营者集中申报制度的修订中还体现出一定的溯及性。比如，其在第34条中规定，对于未达申报标准、但具有排除、限制竞争效果的经营者集中，经营者已经实施集中的，执法机构可以责令停止实施集中、限期处分股份或者资产等措施恢复到集中前的状态。此种溯及性使得已经交割的、未达申报标准的交易也将面临着一定的不确定性。这就使得企业在对交易做反垄断合规判断时，除了判断是否满足申报标准，可能还需要对竞争影响进行一定的预判。此外，在第51条中，《征求意见稿》明确了，如批准后证据显示申报人提供的文件、资料不真实和不准确，可能导致重新审查、原审查决定被撤销的法律后果。这也是一种溯及性

的体现，并加强了法律的威慑力。

八、结语

整体而言，《征求意见稿》所反映出的修订的内容对于与时俱进、加强《反垄断法》的适用性具有较强推动作用。但同时我们也注意到，一方面，本次修订中并没有对转售价格维持之外的纵向限制，比如销售地域限制、被动销售的限制等是否有可能属于纵向垄断协议作出规定或说明。这就使得在实践中企业普遍存在的销售渠道管理问题的风险判断仍存在较大的不确定性。在2019年12月27日上海市市场监督管理局出台的《上海市经营者反垄断合规指引》中，对被动销售与交叉供货的地域或客户限制是作为非价格的纵向限制行为，被提示为存在反垄断风险的。另一方面，一直呼声较高的安全港制度在此次修订中仍未予以纳入，这也使得企业在判断共同研发、联合销售等类型的商业合作协议的反垄断风险时，同样面临着较大的不确定性。

我们认为，是否需要在《反垄断法》层面对除转售价格维持之外的纵向限制予以明确，并考虑适当的引入安全港制度，还是将上述规则规定在后续的细化指南中，以增加企业合规判断的确定性，可以在接下来的修订过程予以进一步考虑。我们也将继续对《反垄断法》的修订进程予以密切的关注，并及时更新反垄断合规所需要注意的事项。

魏瑛玲 合伙人 电话：86 10 8519 1380 邮箱地址：weiyi@junhe.com
白雪斐 律师 电话：86 10 8553 7680 邮箱地址：baixf@junhe.com
严骏捷 电话：86 10 8540 8685 邮箱地址：yanjj@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”。

