

千呼万唤始出来 — 《反垄断法（修正草案）》快评

作者：马辰 | 解石坡 | 郭潇 | 陈华屹

经过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》”）终于于10月23日第二次公布并向社会公众征求意见，征求意见截止日期为2021年11月21日。从2020年1月的首次征求意见，到法工委发言人明确表示将《反垄断法》修订列入2021年重点立法工作，伴随着全面深入的反垄断执法推进，《反垄断法》修订的每一步都引起了业界、媒体及相关企业的广泛关注。本文将就《修正草案》的几处重点修订进行简要解读。

一、互联网领域反垄断：与时俱进，创设法律依据

对互联网企业的反垄断执法活动自2020年11月开始，已有接近一年的时间，至今热度不减。期间，国务院反垄断委员会发布了《关于平台经济领域的反垄断指南》，执法机构也通过加强执法、召开座谈会等形式，对互联网企业的反垄断合规提供更为明确的指引，并起到了显著的效果。在此基础上，本次《修正草案》修订进一步在法律层面对互联网领域可能涉及的数据和算法、技术、平台规则等问题进行规制，印证了从立法机关到执法机关，长期、坚定推进互联网领域反垄断为大势所趋。

与互联网领域反垄断相关的修订重点包括：

- 首先在总则层面，第十条明确，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。
- 其次，在滥用市场支配地位层面，第二十二条明确强调，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，属于滥用市场支配地位的行为。
- 在此基础上，对于如何认定互联网平台企业的市场支配地位，仍有待后续的实施细则做出特别规定。平台企业，尤其是双边平台企业，由于其具有网络效应、锁定效应等特点，其市场界定一直是实务中的一大难题，《反垄断法》修订之后，应当进一步以实施细则的形式进一步明确有关实践操作。

二、经营者集中：加强重点领域执法，罚款上限提高，引入停表制度

自 2020 年 12 月以来，违法实施经营者集中申报的案件一直是反垄断法的一个重点。而《修正草案》首次明确了经营者集中审查的重点领域，提出执法机构应当依法加强对于民生、金融、科技、媒体等领域的经营者集中审查。具体如何实施仍有待未来实施细则的进一步明确。

《修正草案》还进一步在法律层面明确了对于“掐尖并购”的规制。第二十六条第二款规定，经营者集中未达到国务院规定的申报标准，但有证据证明具有或可能具有排除限制竞争效果的，执法机构应当依法进行调查。将此前《国务院关于经营者集中申报标准的规定》中的有关要求提升至法律层面的规定。

此外，《修正草案》提高了未依法申报案件的处罚上限，对于这一修改，业内则早有预期。这一修改初见于 2020 年 1 月公布《〈反垄断法〉修订草案（公开征求意见稿）》，此后又对不具有排除、限制竞争效果的违法实施经营者集中规定了最高 500 万元人民币的罚款。而本次《修正草案》则属靴子落地。第五十八条规定，若构成未依法申报，**对具有或可能具有排除、限制竞争效果的集中，处上一年度销售额百分之十以下的罚款；不具有排除、限制竞争效果的，处五百万元以下的罚款。**

相较于现行《反垄断法》设定的五十万元人民币的罚款上限，此条规定的上限可以显著增加对企业的威慑力，同时又通过不设定罚款下限、为不具有排除限制竞争效果的集中设定五百万元人民币罚款上限的方式，保留了执法的灵活性和可预测性。

此外，《修正草案》还引入经营者集中审查“停表”制度，增加审查灵活性。具体体现在，第三十二条规定，符合下列情形之一的，国务院反垄断执法机构可以作出中止计算审查时限的决定：

- 经营者未按照规定提交文件、资料，导致审查工作无法进行的；
- 出现影响经营者集中审查的新情况、新事实，需要予以核实的；
- 对附加限制性条件需要进一步评估，且经营者同意的。

尽管停表制度提高了审查机关的灵活性，但对其自由裁量权没有有效限制，而且在程序公开方面也没提供对应机制，在实践中有可能会对交易带来不确定性。

三、垄断协议：澄清竞争效果疑问，安全港制度初见端倪

一直以来，由于《反垄断法》第十三条第二款的位置问题，引起了对于纵向垄断协议的认定，是否需要证明存在排除、限制竞争效果的争议。在一定程度上使得理论上竞争不利影响更小的纵向垄断协议，反而面临比横向垄断协议更严格的规制。

对于这一问题，《修正草案》将第十三条第二款的规定提前，变成垄断协议章节首条的总括性规定，即“本法所称垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为”，从而明确了不论是横向垄断协议还是纵向垄断协议，均需要具有排除、限制竞争的效果。

此外，《修正草案》第十七条第二款进一步作出澄清，对于固定转售价格、限定最低转售价格的纵向垄断协议，经营者能够证明其不具有排除、限制竞争效果的，不予禁止，进一步对此予以明确。

本次《修正草案》一章另一值得关注之处在于，其首次规定了安全港制度。我们在此前的文章¹中提到，近年来已有多个地方性规定、指南等，已开始尝试设定基于一定市场份额的安全港²，而本次《修正草案》的规定为其提供了正式的法律依据。具体而言，《修正草案》第十九条规定，经营者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，不适用本法第十六条、第十七条、第十九条的规定，但有证据证明该协议排除、限制竞争的除外。

这条规定从法律层面创设了垄断协议安全港制度的雏形，一旦落地将有助于大大提高中小型企业对垄断协议风险的可预测性，将来国务院反垄断执法机构将如何进一步制定基于一定市场份额的安全港适用标准，值得很多企业关注。

四、公平竞争审查制度：正式写入《反垄断法》

对行政垄断的禁止，一直是我国《反垄断法》的突出特点。在此基础上，国务院 2016 年 6 月 14 日发布的《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》，要求建立公平竞争审查制度，以规范政府有关行为，防止出台排除、限制竞争的政策措施，逐步清理废除妨碍全国统一市场和公平竞争的规定和做法。

作为旨在解决行政垄断顽疾而设立的制度，仅有政策文件尚不足以保障其贯彻落实。对此，《修正草案》第五条明确规定，国家建立和实施公平竞争审查制度，将其上升到法律的高度，将更有利于其发挥应有作用，符合国家推进公平竞争秩序的总体部署。

五、加大处罚力度，首次引入刑事责任

行政处罚方面，本次《修正草案》全方位提高了对违反《反垄断法》行为的处罚力度。除前述对违法实施经营者集中的罚款上限提高外，对垄断协议中上一年度没有销售额的经营者、尚未实施垄断协议的经营者，以及组织达成垄断协议的行业协会的罚款上限均大幅提升。

此外，比照《个人信息保护法》的做法，《修正草案》还增加了对达成垄断协议的经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员的处罚规定，对有个人责任的前述人员最高罚款一百万元。

另外值得关注的是，根据第六十三条规定，如有关违法行为“情节特别严重、影响特别恶劣、造成特别严重后果的”，可以在《修正草案》罚则基础上，按二到五倍的罚款数额进行处罚。本条的严厉程度前所未有（最高可能达到上一年度营业额的 50%），因此经营者在生产经营中需尤其关注和重视反垄断风险与合规。

除行政处罚外，本次《修正草案》还为刑事责任的引入进行了铺垫。现行《反垄断法》下，实施垄断行为本身不会直接导致刑事责任，仅涉及行政处罚和/或民事责任。其中第五十二条进一步规定，若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、信息等行为，构成犯罪的，依法追究刑事责任（例如，可能涉嫌妨害公务罪）。

¹ 见《反垄断合规中的“灰犀牛”——从最新的 2.9 亿罚款看纵向垄断协议风险》，<https://mp.weixin.qq.com/s/DS7fLmpE03jL5HQIcYofzA>。

² 例如：（1）《中国（上海）自由贸易试验区中小企业垄断协议豁免指导意见》规定，关于豁免条件中的“不会严重限制相关市场的竞争”，中小企业可从下列情形进行说明：参与企业在相关市场的市场份额较小；（2）《关于汽车业的反垄断指南》的“推定豁免”一条中指出，以纵向协议的竞争评估为例，执法实践和理论研究表明，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；（3）《关于知识产权领域的反垄断指南》参考国际惯例及我国执法实践，设立涉及知识产权的协议安全港规则，如具有竞争关系的经营者市场份额合计不超过 20%或者经营者与交易相对人在任一相关市场的份额不超过 30%等。

而本次《修正草案》第六十七条在关于实施垄断行为民事责任的规定之后，增加了关于刑事责任的规定：“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”，这一修改明确传达了立法机关增加对垄断行为打击力度及《反垄断法》威慑力的态度。此条具体将如何落地，可能涉及到与《刑法》及后续修正案的衔接问题，值得业界及高风险企业的持续关注。

特别声明

汉坤律师事务所编写《汉坤法律评述》的目的仅为帮助客户及时了解中国或其他相关司法管辖区法律及实务的最新动态和发展，仅供参考，不应被视为任何意义上的法律意见或法律依据。

如您对本期《汉坤法律评述》内容有任何问题或建议，请与汉坤律师事务所以下人员联系：

马辰

电话： +86 10 8525 5552

Email: chen.ma@hankunlaw.com

解石坡

电话： +86 10 8524 5866

Email: angus.xie@hankunlaw.com